جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية
دراسة مقارنة

إعداد
منصور فؤاد عبد الرحمن مساد

إشراف
د. علي السرطاوي

قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس ، فلسطين.
2008م

الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية
دراسة مقارنه

إعداد

منصور فؤاد مساد

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 2008/7/3 وأجيزت.

أعضاء المناقشة	التوقيع
1 - الدكتور علي السرطاوي (رئيسا)	....
2 - الدكتور أنور أبو عيشه (ممتحناً خارجياً)	....
3 - الدكتور أكرم داود (ممتحناً داخلياً)	....

الإهداء

إلى كل المخلصين حيثما كانوا

إلى من علمني كيف تخط الحروف

إلى روح والدي الحبيب الذي طالما تمنى أن يراني قد كبرت

إلى والدتي العزيزة التي ربتني صغيرا التي كابدت العناء والليالي الطوال

إلى روح أخي الشهيد الذي اغتيل غدرا

إلى كل الإخوة والأحباب باختلاف مواقعهم

اهدي هذا العمل

شكر وتقدير

لا يسعني في هذه المرحلة إلا أن أقدم شكري إلى كل من علمني حرفا على اختلاف المراحل الدراسية كما أقدم عظيم امتناني إلى أساتذتي الأفاضل في كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية الذين ما توانوا لحظة عن تقديم جـــل مــــا يملكون من ثمرات علمية واخص بالذكر في هذا المقام أستاذي الفاضـــل الـــدكتور علي مصلح السرطاوي ولا أنسى في هذا المقام أن اشكر كل من ساهم في انجـــاز هذا العمل المتواضع من زملاء وإخوة أفاضل من محامين وقضاة الذين قدموا لي ما تيسر بين أيديهم.

الإقـــرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية
دراسة مقارنـة

اقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء مـــا تمـــت الإشارة إليه حيثما ورد، وان هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة علمية أو بحث علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name:	**اسم الطالب:**
Signature:	**التوقيع:**
Date:	**التاريخ:**

فهرس المحتويات

الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية

دراسة مقارنة

إعداد

منصور فؤاد مساد

إشراف

د. علي السرطاوي

الملخص

لقد بحثت في رسالتي هذه الشفعة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية وتعرضت في الفصل التمهيدي لعدة موضوعات متعلقة بموضوع الشفعة مبينا ماهيتها من حيث التعريف بها لغة وفي الاصطلاح القانوني ومصدرها التاريخي وركزت على اختلاف التشريعات موضوع هذه الدراسة المقارنة في تعريفها للشفعة حيث اختلف الأمر في القانون المدني المصري عنه في المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية التي تمثل جانبا من الفقه الإسلامي الذي يعتبر المصدر التاريخي والمادي لها ، ثم بينت موقف القضاء من الاختلاف في التعريف الذي يتمثل بما استقرت عليه محكمتي التمييز الأردنية والنقض المصرية ومن ثم ركزت على الطبيعة القانونية للشفعة من حيث اعتبارها رخصة تارة و حقا تارة أخرى إلى أن استقر الرأي على أنها سبب من أسباب كسب الملكية في مرتبة وسط أعلى من الرخصة بدرجة واقل من الحق ثم تطرقت لخصائصها التي تميزها عن غيرها من أسباب كسب الملكية باعتبارها قد وردت خلافا للأصل وميزت بينها وبين ما يشتبه بها من مصطلحات قانونية ذات علاقة بكسب الملكية في العقار أيضا كالأفضلية والأولوية ووقفت على الفارق الدقيق بين كل منهما والشفعة باعتبار أن الأفضلية لا تكون إلا في البناء والأولوية لا تكون إلا في عقار انتقصت إحدى مكنات الملكية فيه وبينت موقف القانون المدني المصري من ذلك كون هذه الأخيرة لا وجود لها في هذا القانون

وقد خصصت الفصل الأول لتحقق الشفعة وشروطها وبينت الحالات التي تتحقق فيها كي يتمكن الشفيع من طلبها وأوضحت أن هناك حالات مشتركة بين القانون المدني المصري ونظيره الأردني إلا أن الأول قد اختلفت الحالات فيه بسبب عدم وجود تقسيم لأنواع الأراضي

كما عليه الحال في الثاني ثم درست التزاحم بين الشفعاء ووضحت حكم ذلك من خلال تبيان درجاتهم وكيفية تقديم احدهم على الأخر في حال تعدد طالبي الشفعة وكيفية التقسيم للحصص إذا ما كان الشفعاء من درجة واحدة الأمر الذي اختلف فيه المدني المصري حينما أعطى كل شفيع حصة بقدر نسبة حصته بينما ذهب المدني الأردني إلى التقسيم على عدد الرؤوس بغض النظر عن مدى الحصص التي يملكها أي من الشفعاء ولم يقم وزنا لعدد الحصص قل أو كثر ثم انتقلت لدراسة التصرف الذي يجيز الشفعة وشروطه والذي حصره القانون المدني المصري في عقد البيع بينما حصره المدني الأردني في البيع والهبة بشرط العوض حيث ألحقها بحكم البيع وأوضحت البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة والحكمة من المنع فيها وبينت أن المدني الأردني لم يفرق بين المانع والمسقط في الشفعة وجعل كلا منهما سببا لعدم سماع الدعوى ثم ركزت على دراسة شروط المال المشفوع فيه ووجوب أن يكون المبيع عقارا حيث لا شفعة في المنقول ووجوب أن يبقى سبب الشفعة قائما حتى تمام البيع كي يستطيع الشفيع طلب الشفعة وشروط الشفيع وبينت أن تخلف أي من الشروط يجعل من الشفعة غير متوافرة وضرورة أن تتوافر الشروط مجتمعة .

أما الفصل الثاني فقد درست فيه إجراءات الشفعة التي يجب على الشفيع القيام بها من إعلان الرغبة بعد الإنذار الرسمي الذي يوجهه البائع أو المشتري للشفيع وشروطه القانونية وجزاء الإخلال بأي من شروطه ثم انتقلت لإيداع الثمن مبينا المقصود به والثمن الواجب الإيداع وحكم الصورية فيه وأوضحت موقف التشريعات من ذلك و ركزت على وقت الإيداع وترتيبه بين الإجراءات وبينت جزاء تخلف أي من هذه الشروط ثم درست إقامة الدعوى وركزت على صفة الشفيع وأهليته وأوضحت الزمن الذي يجب أن تقام فيه الدعوى وطرقت باب الخصومة وأطرافها وأوضحت أسباب اختلاف التشريعات في ذلك ثم ختمت هذا الفصل بتبيان المحكمة المختصة بنظر هذه الدعوى مستندا لما استقر عليه القضاء في هذا الخصوص .

وتناولت في الفصل الثالث سقوط الشفعة وآثارها وأوضحت حالات السقوط في التشريعات موضوع الدراسة مبينا ما كان منها على سبيل الحصر وما ورد ذكره كمثال وركزت

على تنازل الشفيع عن شفعته صراحة أو ضمنا وعدم إعلان الرغبة في المدني المصري وكذلك عدم إيداع الثمن كما تطلبه القانون وعرضت لحالات وردت في نصوص متفرقة وبينت بعض الحالات التي استقر القضاء على اعتبارها مسقطة للشفعة ، ثم درست الآثار المترتبة على الأخذ بالشفعة في العلاقات المختلفة بين الشفيع والمشتري واختلاف التشريعات موضوع الدراسة في ذلك والعلاقة بين الشفيع والبائع وبينت سبب الاختلاف في هذه الأحكام ثم وضحت أحكام العلاقة بين الشفيع والغير من حيث الحقوق المترتبة على العقار المشفوع سواء قبل إعلان الرغبة واقامة الدعوى أو بعد ذلك .

وقد وضعت خاتمة عرضت فيها لما خلصت إليه في معظم مناحي هذه الدراسة والنتائج التي توصلت إليها والمقترحات بهذا الخصوص.

المقدمة

ما زالت الشفعة تمثل قيداً خطيراً على حرية التصرف وحرية التملك والتعاقد، بموجبها يجد المشتري نفسه مرغماً على التخلي عن عقار كان قد اشتراه، ويجد البائع نفسه طرفاً في عقد مع شخص لم يرغب في التعاقد معه ابتداء، ثم يكون ملزما بذلك بحكم القانون إذا توافرت شروط وأحوال معينة.

والشفعة وفقا لذلك من الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية الغراء لحكمة سامية واستمد القانون بالمجمل أحكامه بهذا الخصوص منها إذ تعتبر الشريعة الإسلامية ومبادئ الفقه الإسلامي المصدر المادي والتاريخي للشفعة حيث شاع استعمالها في كثير من عقود البيع رغم الجدل الذي دار حولها، إلا أنها ثبتت بالنصوص القاطعة، وبناء على ذلك نظمها القانون ضمن نصوصه إلا انه عمل على التضييق من نطاقها وحصرها في حالات محددة وشروط مثقلة منعا للتوسع فيها كونها جاءت خلافا للأصل.

وتنبع أهمية هذه الدراسة كون الشفعة تعد سببا من أسباب كسب الملكية وثبتت على خلاف الأصل في حرية التعاقد والتملك التي تقضي بها القواعد العامة ما لم يخالف النظام العام والآداب بالإضافة لذلك فان حق الملكية مصون لا يحق لأحد أن يتعدى عليه أو التدخل في انعقاد البيوع سوى من كان صاحب صفة ومصلحة فيها إلا أن التشريعات موضوع هذه الدراسة وهي القانون المدني الأردني والقوانين الأردنية المتعلقة بالأموال غير المنقولة ومجلة الأحكام العدلية النافذة في فلطين والقانون المدني المصري قد أخذت بهذا السبب ومنها ما اعتبره رخصة ومنها ما جعله ضمن أسباب كسب الملكية وعرّف الشفعة بأنها حق .

ولما كانت هذه الوسيلة من أسباب كسب الملكية ثبتت على خلاف الأصل العام ووردت على سبيل الاستثناء لحكمة سامية فقد أثارت إشكاليات عديدة في مجال التطبيق القضائي لها وكيفية تكييفها بسبب اختلاف النظرة إليها ويرجع ذلك إلى تعدد التشريعات التي تحكم هذا الموضوع واختلاف أحكامها رغم أن مصدرها التاريخي هو الفقه الإسلامي فكان عدم وضوح الأحكام القانونية يثير إشكالاتٍ في التفسير وحيث أنها استثناء يجب أن تكون أحكامه واضحة

مفصلة في أدق الأحوال ذلك أنه لا يجوز القياس عليها أو مقارنتها بأي سبب أخر من أسباب كسب الملكية بسبب أنها استثناء وهذا الأخير لا يقاس عليه.

ولم تفرق بعض التشريعات موضوع الدراسة في بعض الأحكام الهامة للشفعة كالتفريق بين المانع والمسقط وأثر ذلك على الأخذ بالشفعة بالإضافة لاختلافها أساساً في الطبيعة القانونية وتحديد مفهوم الشفعة الذي أثار الكثير من المصاعب واختلاف الأحكام القضائية.

وتثور إشكالية الوضع القانوني المطبق في فلسطين من حيث تعطيل العمل ببعض النصوص الآمرة واجبة التطبيق وخلط الشفعة بما يفترق عنها ويشتبه بها.

وبذلك سأوضح من خلال هذه الدراسة الطبيعة القانونية للشفعة وتوضيح أحكامها المختلفة وتبيان جوانب النقص والتناقض أحيانا في التشريعات، والتي خلقت إشكاليات في تطبيق النصوص يتمثل في عدم التفريق بين مانع للشفعة ومسقط لها وكذلك ما نشأ من خلط لأحكام الآثار المترتبة عليها بسبب تعدد مصادر هذه التشريعات التي دمجت بين أحكام مدارس قانونية مختلفة دون أن تلقي بالا لذلك وسأحاول وضع الحلول اللازمة لإشكاليات هذا البحث وبيان كيفية نظر القضاء إليه.

وسأتبع في هذه الدراسة المنهج المقارن والمنهج الوصفي كي أتمكن من الإحاطة بكافة جوانب هذا الموضوع والوقوف على صحيح أحكامه وتحقيقا لأهداف هذا البحث وفي محاولة للإجابة على التساؤلات حول الإشكاليات التي يثيرها فقد وضعت لذلك خطة البحث كما يلي:

الفصل التمهيدي

أدرس فيه ماهية الشفعة من حيث تعريفها وبيان المقصود بها والوقوف على كيفية تعريف التشريعات لها واعرض مسألة الطبيعة القانونية لها وما استقر عليه قضاء النقض المصري والتمييز الأردني وأوضح خصائصها وأميزها عن ما يشتبه بها من مصطلحات قانونية مثل الأفضلية والأولوية

الفصل الأول

أبحث فيه تحقق الشفعة من حيث توافر صفة الشفيع وحالاتها في التشريعات موضـــوع الدراسة وكيف اختلفت التشريعات موضوع الدراسة في هذه الحالات كما أبين أحكام التـــزاحم بين الشفعاء بعد أن أوضح طبقاتهم وكيفية تقديم احدهم على الأخر وشـــروط ذلـــك، ثـــم ادرس الشروط الواجب توافرها في الشفيع بعد توافر صفته بالإضافة إلى شروط العقار المشفوع فيه ثم انتقل لبحث التصرف الذي يجيز الشفعة كما أبين البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة والتي تعتبـــر من موانعها

الفصل الثاني

ادرس في هذا الفصل إجراءات الشفعة التي اشترطها القانون من حيث الإنذار الرســـمي وإعلان الرغبة فيها وما يترتب على عدم التقيد بذلك واعرض لأحكام إيداع الثمن وبيان كيفيـــة هذا الإيداع وزمنه والآثار المترتبة على تخلفه و الإخلال بهذا الإجراء ثم انتقل لإقامة دعـــوى الشفعة مبينا شروط إقامتها وأدرس شروط الشفيع من حيث أهليته وتوافر صفته وأحكام ذلك ثم ابحث الخصومة وانعقادها في دعوى الشفعة وأبين بين أي الأطراف تنعقد ومعالجـــة اخـــتلاف التشريعات في هذه المسألة ثم انتقل للمدد القانونية التي يجب أن تقام الدعوى خلالها وأبين بعـــد ذلك المحكمة المختصة بنظر هذه الدعوى.

الفصل الثالث

أبحث في هذا الفصل سقوط الشفعة ومفهوم ذلك في حالات متعددة وأبين خلـــط بعـــض التشريعات بين موانع الشفعة ومسقطاتها وكيفية معالجة التشريعات لهذا الموضوع ثـــم انتقـــل لآثار الشفعة وتبيان ذلك في علاقات مختلفة وأدرس العلاقة بين المشـــتري والشـــفيع وأحكـــام الزيادة التي يجريها الشفيع من بناء أو غراس على العقار المشفوع سواء قبل إقامـــة الـــدعوى وإعلان الرغبة أو بعد ذلك وأبين التزامات كل من المشتري والشـــفيع واخـــتلاف التشـــريعات موضوع الدراسة في هذه المسألة، ثم أعرض لأحكام العلاقة بين الشـــفيع والبـــائع واخـــتلاف التشريعات أيضا في هذه المسألة ثم أبين أحكام العلاقة بين الشفيع والغير مـــن حيـــث الحقـــوق المترتبة على العقار المشفوع وحالاتها المختلفة.

الفصل التمهيدي

ماهية الشفعة

المبحث الأول: تعريف الشفعة ومشروعيتها

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للشفعة وخصائصها

الفصل التمهيدي

ماهية الشفعة

المبحث الأول

تعريف الشفعة ومشروعيتها

المطلب الأول: تعريف الشفعة

أولاً: تعريف الشفعة لغةً

الشفعة لغة: أخذت من الشفع وهو الزوج من العدد وهو ضدّ الوتر، وهي مأخوذة من الفعل الثلاثي (شفع أي ضم وزاد)، فيقال شفع الرجل شفعاً إذا كان فرداً فصار له ثان[1].

ثانياً: تعريف الشفعة اصطلاحاً

تعريف الشفعة في مجلة الأحكام العدلية والتشريعات الوضعية:

اختلفت التشريعات في تعريفها للشفعة كل من منظوره ووفقاً للمدرسة القانونية التي ينتمي إليها فقد عرّفت مجلة الأحكام العدلية الشفعة بأنها " حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن".[2]

أما القانون المدني الأردني فقد عرفها في المادة (1150) بأنها "حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن".

أما القانون المدني المصري فقد عرفها بموجب المادة (935) بقوله: "الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في أحوال معينة إذا توافرت الشروط التي نص عليها القانون".

[1] ابن منظور ، **لسان العرب** ،باب شفع ،الموقع الالكتروني www.alwrraq.net

[2] باشا قدري،مرشد **الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان** ، الطبعة الرابعة ، المطبعة الاميرية1931،ص22

من خلال التعريفات السابقة نجد أن مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردنـــي قــد اتفقا في التعريف، وذلك كون الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر التاريخي للشفعة فـــي المـــدني الأردني إلا أن محكمة التمييز الأردنية اعتبرت أن الشفعة رخصـــة رغـــم تعريـــف القـــانون الصريح لها بأنها حق وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 88/2/16 بقولها:" إن الرخصـــة التـــي منحها القانون للشفيع بطلب التملك هي رخصة شرعت لدفع الضرر من سوء الجوار وإن تملك المبيع هو في حد ذاته وسيلة الشفيع أو صاحب الأولوية في دفع الضرر من سوء الجوار الـــذي هو الغاية الأساسية من التملك فإذا فسخ البيع وعاد المبيع على البائع زال الضرر الـــذي قصـــد الشفيع تحاشيه بالتملك ودون كلفة وبالتالي فليس ثمـــة ضـــرر يمكـــن أن يلحـــق بـــالمميزين المعترضين اعتراض الغير على الحكم بفسخ البيع وإعادة الحال إلى ما كان عليه وذلك بإعـــادة تسجيل المبيع على اسم البائع بل إن فسخ البيع يوفر عليهم كلفة الشراء"[1].

لكن المشرع المصري قد نحا منحاً آخر في التعريف إذ لم يعتبر الشفعة حـــق وإنمـــا وصفها بأنها رخصة، وهناك اختلاف بين الحق والرخصة فالرخصة هـــي إباحـــة اســـتعمال الحريات العامة كحرية العمل والتعاقد والتملك والتنقل فحرية التملك رخصة أما الملكية ذاتهـــا فحق.

من خلال ما سبق يتبين أن هناك فرقاً واضحاً بين الحق والرخصة فمثلاً حرية الشخص في التملك أو الزواج مجرد رخصة لا يثبت له بذلك ملك أو معاشرة.

كما أن فرقاً آخر بينها من حيث أن الحق ممتاز بالنسبة للآخـــرين فالشـــخص بموجبـــه يستأثر بمضمون الحق دون سائر الناس بينما الحريات والرخص العامة لا تفـــاوت فيهـــا بـــين مراكز الأشخاص بل هي تفترض وجود الأشخاص في مركز واحد من حيث التمتع بالاستعمال.

---

[1] تمييز حقوق 88/234/ **مجلة نقابة المحامين**، عمان، 1990، ص1323.

عرفت المادة (1068) من مشروع القانون المدني الفلسطيني الشفعة بأنها حق تملك العقار المبيع ولو جبراً عن المشـــتري بما أداه من الثمن والنفقات ".

وقد أدرجت الشفعة ضمن أسباب كسب الملكية مثلها مثل الاستيلاء والالتصاق والحيازة والميراث والوصية ولم يوصـــف أي سبب من أسباب كسب الملكية بأنه حق إلا الشفعة، وفقاً لما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع.

كذلك نلحظ أن هناك فرقاً آخر بين الحق والرخصة فالحق ينشأ ويقوم بناء على سبب معين بذاته أما الحريات أو الرخص فسببها الإذن العام من المشرع..[1].

وقد يقال أن الأمر يتعلق بمركز قانوني لا يتولد منه مجرد رخصة في التملك بل يتولد عن حق الشخص في ان يتملك ذلك أنه توجد منزلة وسطى بين الأمرين، بين الرخصة في التملك والحق في التملك هي حق الشخص في أن يتملك وهذه المنزلة الوسطى هي أعلى مرتبة من الرخصة وأدنى مرتبة من الحق، فهناك حق التملك وهو رخصة وحق الملك وهو حق.

مثال ذلك أن شخصاً رأى داراً فأعجبته ورغب بشرائها فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع كان له حق التملك عامة في الدار وفي غيرها وهذه رخصة وبعد أن يصدر منه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار وهذا حق ولكنه قبل القبول وبعد الإيجاب في منزلة وسطى بين الرخصة والحق فهو ليس مجرد رخصة فحسب في تملك الدار كغيرها من الأعيان التي لا يملكها ولم يبلغ أن يصبح صاحب الملك بل هو بين الأمرين في مرحلة وسطى له أكثر من رخصة وأقل من حق[2].

وأرى أن الشفعة من باب الإمكان القانوني فهي ليست حقاً وأميل إلى اعتبار تسميتها رخصة أو قدرة على المطالبة بالشفعة مع أنها لا تتفق مع صفات الرخصة قانوناً فهي رخصة شرعها القانون ، وهي مصدر من مصادر الحقوق العينية وبذلك فهي أحد أسباب كسب الملكية والانتفاع.

وهي "بمثابة الخيار للغير أن يستعمله إذا أراد التملك في العقار يترتب عليها تملك العقار كله أو بعضه ذلك لأن الشفيع تارة يستحق كل المبيع وتارة يستحق بعضه فيما لو تعدد الشفعاء واتحدوا في الدرجة كانت شركة بينهم. ويسمى من كان له الشفعة   الشفيع وللعقار

---

(1) الموقع الإلكتروني www.wikpedia.com.

(2) السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني -أسباب كسب الملكية** ج9، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1995 ص449..

الذي تعلقت به الشفعة المشفوع ولملك الشفيع الذي تحققت به الشفعة المشفوع به وتشتبه الشفعة بالغصب لأن في كل واحد منها تملك مال الإنسان دون رضـــائه والفــرق بينهمـــا أن الشـــفعة مشروعة والغصب غير مشروع"[1]. فالشفيع ليس له حق الملك وإنما له أن يتملك فإذا عبر عن إرادته في الأخذ بالشفعة وهي إرادة منفردة أي تصرف قانوني صادر من جانـــب واحـــد مـــع توافر أحد أسباب الشفعة فقد تكاملت عناصرها باعتبارها سبب من أسباب كسب الملكية فيملـــك الشفيع العقار المشفوع فيه ويحول حقه في أن يتملك هذا العقار على حقه في ملكيته .

المطلب الثاني: مشروعية الشفعة

تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي والمادي للشفعة وقد اســتمدتها التشـــريعات العربية موضوع الدراسة من الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي ويكون الرجوع فـــي تفســـير النصوص إلى الفقه الإسلامي عملاً بأحكام المادة 121 من القانون المـــدني المصـــري. كــذلك القانون المدني الأردني. وقد ثبتت الشفعة بالسنة والإجماع إذ وردت العديد من الأحاديث مخبرة عنها، منها حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم "قضى بالشفعة في كل ما لم يقســـم، فـــإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة".[2]

وعن أبي هريرة قال: قال صلى الله عليه وسلم: "إذا وقعت الحدود وضربت الطرق فـــلا شفعة فيها".[3]

وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم "قضى بالشفعة في كل تركة لم تقسم ربعـــةً أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذن فهو أحق به[4]. وعن أنس بن مالك رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:: "جار الـــدار أحق بالدار[5].

---

[1] الشواربي عبد الحميد، **الشفعة والقسمة**، الطبعة الثانية ،دار النصر للنشر والتوزيع 1979 ص 9

[2] رواه مسلم، البخاري ، **البيوع** (2214) الموقع الالكتروني www.taimiah.org

[3] الترمذي ، **الأحكام** (1370)، الموقع الالكتروني www.taimiah.org

[4] رواه مسلم ، **كتاب المساقاة** (1608)، الموقع الالكتروني www.taimiah.org

[5] الترمذي ، الأحكام ،(1368) الموقع الالكتروني www.taimiah.org

أما من الإجماع فيرى الأخذ بها في كل زمان ومكان ولم ينكرها أحد من الأئمة وادعى بعض الفقهاء أن القياس يقبل بثبوت الشفعة لأنه تملك على المشتري ملكاً صحيحاً له بغير رضاه وذلك لا يجوز لأنه من نوع الأكل بالباطل وقد أسند رأيهم حديث النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه، ولأنه بالأخذ يدفع الضـــرر عـــن نفســـه بالإضـــرار بغيره[1]. والحكمة من تقريرها دفع الضرر عن الشفيع لاتصال ملكه بالعقار المبيع سواء كـــان اتصال شركة كصاحب الانتفاع إذا بيعت الرقبة أو العكس أو كان اتصال جوار وقـــد يتمثـــل الضرر في وجود أجنبي بين الشركاء على الشيوع إذا باع أحدهم حصته الشائعة.

وبذلك فإن هناك أحوال ثلاثة تبدو الحكمة جلية لتقرير الشفعة فهي تبدو جلية في منـــع مضايقات الجوار والتي تتمثل بما يحمله مشتري العقار من صفات رديئة يتأذى منها الشفيع كأن يكون المشتري سيء الخلق ولا يعرف حق جاره ففي البعد عنه رحمة وفي الخلاص من شره نعمة[2] وقد عبر عن مضايقات الجوار في الأخذ بالشفعة دفع الضرر الذي يحتمل وقوعه بـــين الشركاء أو الغير نتيجة إعلاء الجوار وإيقاد النار ومنع ضوء النهار وإثـــارة الغبـــار وإيقـــاف الدواب والصغار[3].

وقد تكون الحكمة من تقريرها جمع شتات الملكية ويتضح ذلك عند إعطاء مالك الرقبـــة الأخذ بالشفعة إذا منع الانتفاع. والعكس صحيح كذلك.

وتبدو الحكمة واضحة أيضاً في إعطاء الشركاء على الشيوع حق الأخذ بالشفعة إذا باع أحدهم حصته الشائعة وذلك تخفيفاً من مدة الشيوع ومنعاً لدخول أجنبي بينهم خاصة إذا ما كان الشيوع قد نشأ بين الشركاء بناء على اعتبار شخصي إلا انه يجب التمييز بين ما قد يحصل من خلط بين الحكمة من الشفعة والعلة منها فليس شرطاً للأخذ بالشفعة وقوع الضرر أو الادعاء بأن

---

(1) السيوطي، مصطفى بن سعد، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهـــى** -الجـــزء الرابـــع، ص100 -moamlat.al-www.islam.com

(2) البجيرمي، سليمان، **تحفة الحبيب على شرح الخطيب** الجزء الثالث، ص177 www.moamlat. al-Islam.com

(3) الخفيف، علي، **الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية** -الكتاب الأول: دار النهضـــة للطباعـــة، 1990، ص324..

الأخذ بها كان دفعاً للضرر فلا يقبل من المشتري أن يثبت أنه لا يلحق بالشفيع ضرر تخلصاً من طلب الشفعة ولا يجوز للشفيع أن يثبت أن مجاورة المشتري له لن تلحق به ضرراً.

" إذ أن الفرق بين حكمة الحكم وعلته هو أن حكمة الحكم الباعث على تشريعه والغاية المقصودة منه وهي المصلحة التي قصد المشرع بتشريع الحكم تحقيقها أو تكميلها أو المفسدة التي قصد الشارع بتشريع الحكم دفعها أو تقليلها وأما علة الحكم فهي الأمر الظاهر المنضبط الذي بني الحكم عليه وربط به وجوداً وعدماً لأن الغاية من بنائه عليه وربطه به أن يحقق حكمة تشريع الحكم"[1].

واستحقاق الشفعة بالشركة أو الجوار حكمته دفع الضرر عن الشريك أو الجار وهذه الحكمة أمر تقديري غير منضبط وفي جعله مناطاً للحكم مظنة تحقيق حكمته. ومن هنا شرعت القاعدة الفقهية أن الأحكام الشرعية تبقى على عللها التي تربط بها وجوداً أو عدماً لا على حكمها، فعلة استحقاق الشفيع للشفعة هي الشراكة أو الجوار أو بسبب نص عليه القانون [2].

---

[1] كركبي، مروان، وسامي منصور، **الأموال والحقوق العينية العقارية الأصلية**، ص316، الطبعة الثانية،1999 - المنشورات الحقوقية، بدون دار نشر

[2] قرار تمييز 82/450 **مجلة نقابة المحامين**، عمان، 1983، ص1553.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للشفعة وخصائصها

أدرس في هذا المبحث ضمن مطلبين خصصت الأول منهما للوقـوف علـى الطبيعـة القانونية للشفعة من حيث اعتبارها حقاً أم رخصة وخصصـت المطلـب الثـاني لخصـائص ومميزات الشفعة وتمييزها عما يشتبه بها من مفاهيم قانونية وذلك ضمن فرعين بينت في الأول خصائص الشفعة وفي الثاني تمييزها عما يشتبه بها وذلك في مسألتين كانت المسـألة الأولـى للتمييز بين الشفعة والأولوية والمسألة الثانية للتمييز بينها وبين الأفضلية

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للشفعة

تعد الشفعة قيداً يرد على حرية التصرف والتملك كونها جاءت على خلاف الأصل ومن المفترض ترك الحرية للمالك بالتصرف فيما يملك كيف يشاء ولا يحد من حريته سوى قواعـد النظام العام بينما يجد البائع بالشفعة نفسه ملزماً بعقد لم يرتضه ابتداء إلا أنه فرض عليه التعاقد مع شخص آخر هو الشفيع وذلك رضاء أو قضاء وهو الأغلب ويعتبر الحكم القضـائي عقـداً حقيقياً تحل فيه سلطة القضاء محل الإرادة.

"وثار الخلاف على طبيعة الحق في الشفعة فذهب رأي إلى اعتباره مصدر الحق العيني لملكية العقار، وذهب رأي آخر إلى اعتباره حقاً شخصياً مما يعني أن الشفيع لا يستعمل دعـوى عينية إنما حقاً شخصياً لصيقاً به وهو الحق في أن يصبح مشترياً. وذهب رأي ثالث إلى اعتباره حقاً شخصياً عينياً فهو شخصي بالنسبة للشفيع وعيني بالنسبة للعقار المشفوع فيه"[1].

ويذهب فريق آخر أن الشفعة ليست حقاً شخصياً ولا عينياً وإنما هـي واقعـة قانونيـة طبيعية وسبب من أسباب كسب الملكية فهي ليست حقاً وإنما مصدراً للحق ويترتب على ذلـك أنه لا يجوز لدائني الشفيع استعمال الدعوى غير المباشرة وطلب الشفعة باسمه وكذلك لا تنتقل الشفعة بالحوالة من الشفيع إلى الغير ووفقاً لهذا الرأي يجوز للشفيع التنازل عنها بعد ثبوت حقه

---

[1] القلاب ،سليمان خليف، **الشفعة في القانون المدني الأردني** ، عمان ، المكتبة الوطنية ، ص 8.

فيها أو قبل ذلك. وهي كذلك لا تنتقل بالميراث من الشفيع إلى ورثته إلا إذا ثبت الحق فيها للمورث بأن أعلن رغبته فيها قبل وفاته ولو لم يكن قد أقام الدعوى فيحق للورثة رفعها ومتابعتها.

وسواء تم اعتبارها حقاً عينياً أو حقاً شخصياً أو أن الأمر مختلط بين العيني والشخصي ذهب المشرع المصري وفقا للتعريف الوارد في المادة 936 من القانون المدني المصري إلى القول بأنها ليست حقاً أصلاً وإنما هي رخصة في استعمال حق على عقار إلا أنها رخصة شخصية وخلص الحكم في القانون المني المصري إلى اعتبارها رخصة لأنها ليست بحق بل هي سبب من أسباب كسب الملكية[1].

لكن القانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية قد عرفا الشفعة بأنها حق. رغم أن محكمة التمييز الأردنية في معرض تفسيرها حينما بحثت الأمر قررت أنها رخصة ولا تعدو أن تكون أكثر من ذلك[2].

والشفعة حق شخصي تتعلق بالمشيئة لا تنتقل بالحوالة وأنها تنتقل بالميراث نزولاً عند ما قرره الفقه الإسلامي إلا ما استثني من رأي الإمام أبي حنيفة الذي يرى أن الشفعة خيار ومشيئة والخيار المتعلق بالمشيئة لا يورث، وعلى ذلك نصت المادة 1038 من مجلة الأحكام العدلية وقررت أن حق الشفعة لا ينتقل إلى الورثة، وكذلك نصت المادة 140 من مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان بقولها" تبطل الشفعة بموت الشفيع قبل تملكه العقار بالقضاء أو الرضاء سواء كان موته قبل الطلب أو بعده ولا ينتقل حقه فيها إلى ورثته"[3].

فهي رخصة مقررة للشفيع إذا رغب في استعمالها وجب عليه ان يلتزم بالإجراءات التي يتطلبها القانون وذلك ليتمكن من كسب ملكية العقار باستصدار حكم يكون سنداً لملكيته ويرى بعض الفقه أنها ابغض الحلال بعد الطلاق[4].

---

(1) شنب، محمد لبيب ، **الحقوق العينية الأصلية**، الطبعة الثالثة، 2005، ص86.

(2) تمييز حقوق 88/5 -صفحة 1057 سنة1990 بتاريخ 88/2/16

(3) زيادة موريس، **الشفعة**، بحث غير منشور،1995 ص2

(4) انظر في ذلك: شنب، محمد لبيب -المرجع السابق، ص117.

واعتبرها القانون قيداً على حرية التصرف وحال دون التوسع في تفسير نصوصـــها أو القياس عليها وذلك على اعتبار أنه لا يشترط أن يؤدي استعمال الحق في الشفعة إلى كسب الحق الواردة عليه. والشفعة بذلك مكنة لم تمنح من مالك العقار المشفوع فيـــه وإنمـــا القـــانون فهـــو مصدرها ويجب على الشفيع الالتزام بالشروط التي تطلبها القانون وإلا سقط حقه في اســـتعمال هذه المكنة.

فإذا التزم الشفيع بالشروط القانونية للشفعة وصدر حكم نهائي بثبوت حقـــه فـــي تملـــك العقار كان هذا سنداً الملكية ويعتبر هذا الحكم القضائي عقداً حقيقياً حلت فيه سلطة القضاء محل أرادة البائع ويخضع الحكم للتسجيل والتنفيذ متى كان ذلك ممكناً[1].

وباعتبار الشفعة من باب الإمكان القانوني وليست حقاً فلا تعتبر مالاً وبالتالي لا يجـــوز حوالتها استقلالاً بحيث إذا ثبت للشفيع الحق في الشفعة باعتباره مالكاً وتصـــرف فـــي عقـــاره وتوافرت شروط الشفعة بالنسبة للمتصرف إليه فإنه يثبت له الحق فيها باعتباره مالكـــاً ولـــيس باعتباره محالاً إليه.[2]

ذلك أن المشتري يجوز له ان يحيل حقوقه إلى الغير بإحالة عقد البيع وفي هذه الحالـــة يقتصر حق المحال إليه على الحقوق الشخصية المترتبة في ذمة المحال عليه ولما كانت الشفعة مكنه وليست حقاً فإنها تخرج عن نطاق تلك الحوالة إذ لا يعتبر المحال إليه مالكاً للعقار المشفوع به إلا إذا توافر له سبب من أسباب كسب الملكية. وذلك بتسجيل العقد المتضمن الحوالة[3].

ويترتب على اعتبار الشفعة مكنة وليست حقاً أن دائن الشفيع لا يجوز له المطالبة بالشـــفعة بطريق الدعوى غير المباشرة التي يقيمها باسم مدينه ولا يجوز التنازل عنها للغير تحت طائلـــة سقوطها وبطلان التعامل فيها[4].

---

[1] زيادة موريس، **الشفعة**، بحث غير منشور،1995 ص2

[2] معوض عبد التواب، **الشفعة الصورية**، الطبعة الثامنة، 2004، ص 16.

[3] محمد محي الدين سليم، **الحقوق العينية الأصلية**، الجزء الأول، الطبعة الأولى،منشورات جامعة المنوفية،2004 ص 173.

[4] الشواربي عبد الحميد، الشفعة والقسمة، المرجع السابق، ص14.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بذلك بـــ " أنه لما كانت الشفعة قيــداً علـــى حريـــة التعاقد ورخصة لصيقة بشخصية الشفيع ليدفع بها عن نفسه مضار الجـــوار أو المشـــاركة فـــي عقاره الذي يشفع به ومن ثم يقع باطلاً تعامله في هذه الرخصة أو حوالته إياها أو تنازله عنهـــا إلى غيره لزوال العلة منها في هذه الأحوال التي تأباها طبيعة الشفعة ذاتها ولما كان ذلك وكـــان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه على اعتبار الأمـــر موضـــوع الـــدعوى صحيحاً فيما تضمنه من أنه إذا حكم للشفيع بالشفعة تكون الأرض المشفوع فيها ملكاً للمطعـــون ضده وان هذا الإقرار لا مخالفة فيه للنظام العام فإنه يكون قد خالف القانون[1].

وطالما أن الشفعة لصيقة بشخص الشفيع كان مؤدى ذلـــك أنهـــا لا تنتقـــل بـــالميراث باعتبارها خياراً والخيارات المتعلقة بالمشيئة لا تنتقل بالميراث إلا أن المشرع خرج على هـــذه القاعدة وقرر انتقالها بالميراث فهل تنتقل الشفعة إلى الموصى له أو الموهوب له؟ إن الوصـــية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وترد على العقار والمنقول ويشترط فيها شـــرطان تســـجيل الوصية وموت الموصي بالإضافة إلى عدم تجاوزها النصاب المسموح به شرعاً وهو الثلث وان لا تكون لوارث.على أن مات الموصي مصراً على وصيته فإذا تحقق ذلك أصبح الموصى لـــه مالكاً للعقار الموصى به فإذا بيع العقار المجاور أو بيعت حصة شائعة في العقار الموصى بـــه وكان الموصى له مالكاً وذلك وقت البيع فلا يجوز للموصى له طلب الشفعة. وكـــذلك بالنســـبة للهبة فهي تصرف منجز يرد على العقار والمنقول. ولا تنتقل الملكية من الواهب إلى الموهوب له إلا بالتسجيل متى كان ذلك ممكناً. فأن لم تكن الهبة قد سجلت فلا يعتبر الموهوب له مالكاً. ما يحول دون طلبه للشفعة. [2]

---

[1] نقض مدني في الطعن 2474 س 54 ق، بتاريخ 89/1/17،عبد التواب معوض، **الشفعة الصورية**، ص 29 مرجـــع سابق.

[2] محمد كامل مرسى، **الحقوق العينية الأصلية**، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، 1952، ص 177.

المطلب الثاني: خصائص الشفعة وتمييزها عن ما يشتبه بها.

الفرع الأول: خصائص الشفعة

إن الشفعة مكنه وليست حقاً عينياً ولا حقاً شخصياً ولا تكون إلا في العقار وقد شرعت دفعاً للضرر المتوقع بسبب اتصال ملكية العقار المبيع إضافة لما لها من فوائد اقتصادية في جمع ما تفرق وربما جاءت على خلاف الأصل مما أدى لإثارة المنازعات بين الأفراد بسبب خطورة استعمال الشفعة وإقامة دعواها كونها محفوفة بمخاطر جمة قلّما تؤتي ثمارها التي شرعت لأجلها فهي تختص بما يلي:

خصائص الشفعة

أولاً: اتصالها بشخص الشفيع

لما كانت الشفعة قد شرعت دفعاً للضرر المحتمل الوقوع من شريك أو جار فترجع إليه تقدير ذلك ويكون أخذه بالشفعة من عدمه متروك لمحض إرادته وتقديره، لذا تعتبر الشفعة متصلة بشخصية الشفيع ولذلك آثار عدة أجملت فيما يلي:

أ. لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوا الشفعة بطريق الدعوى غير المباشرة وذلك يؤكد أن الشفعة إمكانية قانونية أو رخصة وليست حقاً والدعوى غير المباشرة مقصورة على الحقوق دون الرخص كونها متصلة بشخص الشفيع فلا يجوز لدائنه أن يطلب الحقوق المتعلقة بشخصه بطريق الدعوى غير المباشرة[1].

ب. لا يجوز للشفيع إحالة حقه بالشفعة لأنها بطبيعتها تأبى جواز الإحالة شأنها شأن الحقوق المتصلة بشخصية الدائن[2].

---

[1] العبيدي، علي هادي، **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني**، الحقوق العينية، مكتبة دار الثقافة للنشر، 2008ص140.

[2] العبيدي ، المرجع السابق ص 141.

ج. تورث الشفعة أن كان المورث قد أعلن عن رغبته في الأخذ بها في المدني المصري وكذلك تورث في المدني الأردني ما لم يكن المورث قد أسقطها دلاله أو صراحة حيث ان المشتري يستطيع مواجهة الورثة بكافة الدفوع التي كان يمكن أن يواجه بها المورث.

ثانياً: عدم قابلية الشفعة للتجزئة

لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة بعض المبيع دون البعض الأخر وعلى ذلك يتوجب على الشفيع أن يطلب الشفعة في كل العقار ولو وجد مع شفعاء آخرين كما أنه لا يجوز للشفيع إذا بيع العقار لعدة مشترين أن يأخذ من بعضهم دون البعض الآخر هذا ان كان العقار واحداً وتوافرت فيه شروط الشفعة وكان العقد واحداً بطبيعة الحال[1].

ثالثاً: جواز النزول عن الشفعة

يجوز للشفيع النزول عن الأخذ بالشفعة لأنها إرادة وخيار ومشيئة فللشفيع بعد بيع العقار أن يسقط حقه صراحة أو دلالة ويجوز له تبعاً لذلك النزول عن الشفعة قبل البيع هذا في التشريع المصري والنص واضح أما في القانون المدني الأردني فإن نزول الشفيع عن الشفعة قبل البيع لا أساس له لأنه تنازل عن حق لم يبدأ بعد وهذا ما قررته محكمة التمييز الأردنية في العديد من القرارات إلا أنها عادت عن هذا الاجتهاد وقررت أن مجرد ثبوت عرض البائع العقار على الشفيع وإبدائه عدم رغبته في الشراء يجعل من ذلك نزولاً صريحاً[2] فكيف قضت المحكمة الموقرة بذلك طالما أن الشفعة حق ولا يتصور ظنّ الثبوت في هذا الحق إلا بعد البيع الرسمي.

مع أنني لا أميل لهذا الرأي الذي يقر بأن الشفعة حق مع أنها مثار جدل على الأقل أن لم تقل تناقضاً وقد بدا ذلك واضحاً في قرارات التمييز الأردنية واختلاف أحكامها بهذا الشأن وتارة تعتبر الشفعة حق وتارة تعتبر رخصة.

---

[1] العبيدي، علي هادي، **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني**، الحقوق العينية، ص168، مكتبة دار الثقافة للنشر، 1999.

[2] قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 88/6 **مجلة نقابة المحامين**، ص 1057، سنة 1990.

رابعاً: الشفعة مشيئة متجددة

يستطيع الشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة في أي بيع يتحقق فيه شروط الأخذ بالشـــفعة أي أنه إذا باع عقاراً تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة ولم يقم الشفيع بالأخذ بالشفعة في بيع ما كان ذلك لا يمنعه من الأخذ بالشفعة في أي بيع لا حق ذلك أن مركزه القانوني مركز من ملك يجوز له أن يمتلك أو مركز الشفيع يكون مركز من صدر له الإيجاب يتجدد في كل بيع توافرت فيـــه الشروط القانونية لأنها ميزة مقررة لمصلحة الشفيع وليست مفروضة عليه بمعنى انه إذا وقعـــت عدة بيوع لعقار واحد يجوز فيه الشفعة فللشفيع الأخذ بالشفعة في البيع الأول وبالشـــروط التـــي اشترى بها المشتري الأول كما يجوز له أن يتغاضى عن البيع الأول ويطلب الشفعة في البيـــع الثاني وهكذا[1].

الفرع الثاني: تمييز الشفعة عن ما يشتبه بها

يمكن للشفيع أن يطالب بالشفعة بشروط موضوعيّة واضحة تتعلق بنوع العقـــار الـــذي يطلب تملكه وهو وجوب ان يكون المطلوب تملكه عقاراً ثم أن يكون هذا العقار من نوع الملـــك وبذلك فان كان المطلوب تملكه منقولاً لا نكون في نطاق الشفعة بالإضافة إلى كونـــه يجـــب أن يكون عقاراً من نوع الملك فإن كان غير ذلك خرجنا أيضاً من نطاق الشفعة.

لقد بدا ذلك واضحاً في مجلة الأحكام العدلية في المادة 1017 و 1018 حيـــث عينتـــا شرائط الشفعة بان يكون المشفوع ملكاً عقارياً وان يكون المشفوع فيه ملكاً أيضـــا. وهـــذا مـــا قررته المادة 1156 من القانون المدني الأردني بقولها "يشترط في البيع الذي تثبت فيه الشـــفعة أن يكون عقاراً مملوكاً". وبذلك يتشابه بالشفعة مصطلحات كان لزامـــاً ان يميـــز بينهـــا وبـــين الشفعة:

---

[1] القلاب، سليمان خليف، **الشفعة في القانون المدني الأردني**، عمان، المكتبة الوطنية ـص16

المسألة الأولى: الأولوية

"هي سبب من أسباب كسب الملكية أو حق التصرف. وذلك في الأراضي الأميرية التي تملكها الدولة والتي منحت فيها حق التصرف والانتفاع فيها للأفراد إلا أن ملكية الرقبة تكون للدولة أو للخزينة".

نظم المشرع الأردني أحكام الأولوية في المواد من 1968 1970 من القانون المدني الأردني وقد ورد في المادة 1170 من هذا القانون "تسري على حق الأولوية الأحكام الواردة في باب الشفعة من هذا القانون حيثما كان ذلك ممكناً.

على الرغم من التشابه بين الشفعة والأولوية فإن هناك اختلافاً بينهما من حيث نوع العقار والأحكام المتعلقة به فبالإضافة لنوع الأرض الذي يجب ان يكون من الأراضي الأميرية فقد استثنى الجار الملاصق من طلب الأولوية وأضيفت حالة جديدة لطلبها وهم المحتاجون من أهل القرية وقد ورد في المادة 1168 "حق الأولوية في الأراضي الأميرية التي جرى فراغها يكون بدل المثل عند الطلب على الترتيب التالي:

أ. للشريك في الأرض.

ب. للخليط.

ج. للمحتاج من أهل القرية التي تقع في نطاقها الأرض".

بينما نصت المادة 1151 مدني أردني على أنه "يثبت الحق في الشفعة

1. للشريك في نفس المبيع.
2. للخليط في حق المبيع.
3. للجار الملاصق".

يتضح كذلك من النصوص السابقة ان طالب الأولوية عليه أن يدفع بدل المثل حين الطلب أي بدل مثل العقار المبيع المطلوب تملكه بالأولوية منذ تاريخ الطلب.

كما أن هناك فرقاً آخر بينها يتمثل في إمكانية أخذ صاحب الأولوية العقار سواء كان قد بيع بعوض أو بغير عوض سيما وان القانون قد جعل الأخذ بها ببدل المثل وليس بالثمن المدفوع فعلاً أو الثمن المسمى. أما في حالة الشفعة فلا يجوز تملك العقار المشفوع فيه إذا ملك لشخص بدون عوض كصدقة أو هبة حيث أن التملك في الشفعة بالثمن المسمى ولا يعقل أن يملك الشفيع العقار مجاناً.

أما في حالة الأولوية فلا مشكلة بالنسبة للثمن حيث أنه يتوجب على طالبها أن يودع ثمن المثل عند الطلب.

وكذلك هناك اختلاف آخر بينهما يتمثل في اختلاف بعض أحكام المسقطات لكل منهما إلا أن أهم اختلاف بينهما يتمثل في الأثر النهائي لكل مهما ففي الشفعة يتملك الشفيع العقار بما يتفرع عن حق الملكية من مكنات بينما في الأولوية يتملك طالبها التصرف أو الانتفاع فقط. دون ملكية الرقبة فليس للمالك بالأولوية سوى حق التصرف بالانتفاع أو الانتفاع فقط.

أما في التشريع المصري فلا وجود لشيء يسمى أولوية. فتملك العقار جبراً يسمى شفعة أيا كان نوع العقار.

المسألة الثانية: الأفضلية

يشتبه هذا الحق بالشفعة فقد أفرد له المشرع الأردني أحكاما خاصة يتمثل في إصداره قانون ملكية الطوابق والشقق رقم 25 لسنة 86 بينما لم ينظم المشرع المصري أحكاماً للطوابق والشقق وبذلك فان أحكام الشفعة تنطبق على الطوابق والشقق في مصر[1].

---

[1] ألعبيدي، **شرح القانون المدني** -الحقوق العينية -المرجع السابق، ص164

أما في فلسطين فقد نظم المشرع أحكاماً خاصا للطوابق والشقق كما الوضع فـــي الأردن وذلك في القانون رقم (1) لسنة (1996).

رغم أن هناك تشابه بين الشفعة والأفضلية إلا ان هناك اختلافـــاً يتمثـــل فـــي أن حـــق الأفضلية لا يطبق الا في حالة الأبنية فهو يعطي الشريك في طابق أو شقة أفضلية تملك حصـــة شريكه المبيعة في ذلك الطابق إذا بيعت لغير شريك

أما الشفعة فهو اشمل فهو يعطي الحق للشريك على الشيوع في التملك سواء كان ذلـــك في بناية معينة أو في عقار دون بناء علماً بأن قانون الطوابق لا يطبق الا داخل حدود البلديات. هذا وفقاً لقانون تمليك الطوابق والشقق في الأردن أما في فلسطين فإنه لم يرد في قانون تمليـــك الطوابق والشقق ما يبين أن هذا القانون مطبق في مناطق معينة فهو مطلق والمطلق يجري على إطلاقه[1].

وبذلك فإن تملك الشقق خارج حدود البلديات خاضع لأحكـــام الشـــفعة كـــذلك تختلـــف الأفضلية عن الشفعة في بعض الأحكام الخاصة بالموانع فالشفعة لا تجوز بين الأخوة والأخوات والأقارب حتى الدرجة الرابعة بينما الأفضلية لا تجوز بين الأخوة والأخوات أو فـــروعهم دون تحديد درجة.

كذلك تختلف بعض الإجراءات الخاصة بالدعوى من حيث اشتراط التبليغ بواسطة كاتب العدل في الأفضلية، الأمر غير الوارد في الشفعة في القانون المدني الأردني أو مجلة الأحكـــام العدلية الا أن القانون المدني المصري قد اشترط التبليغ من الإخطار الرسمي بواســـطة كاتـــب العدل ضمن مدد معينة ليس هذا مجال دراستها.

---

[1] القلاب، سليمان خليف، **الشفعة في القانون المدني الأردني**، المرجع السابق، ص12

الفصل الأول

تحقق الشفعة وشروطها

المبحث الأول :توافر صفة الشفيع والتزاحم بين الشفعاء

المبحث الثاني: شروط الشفعة

الفصل الأول

تحقق الشفعة وشروطها

المبحث الأول

توافر صفة الشفيع والتزاحم بين الشفعاء

المطلب الأول: أن تتوافر صفة الشفيع

الفرع الأول: شفعة مالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع

تثبت صفة الشفيع إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لحصته أو بعضه عملاً بأحكام الفقرة 1/من المادة 936 مدني مصري وتفترض هذه الحالة أن مالك العقار شخص ومالك الانتفاع شخص آخر وباع المنتفع حقه لشخص أجنبي عن العقار فحينئذٍ يكون لمالك الرقبة أن يأخذ حق الانتفاع بالشفعة.

إلا أن هذه الحالة في حقيقة الأمر تمثل سبباً لاكتساب حق الانتفاع ولا تعتبر سبباً لكسب الملكية وذلك لأن الفرض أن الشفيع مالك الرقبة وهي بذلك تمكنه من استعادة ما تفرق من عناصر حق الملكية وذلك بضم مكنتي الاستعمال والاستغلال لمالك الرقبة فتجتمع كل سلطات المالك في يد شخص واحد[1].

وهناك عدة فروض تندرج ضمن هذه الحالة.

الفرض الأول: حينما يكون مالك الرقبة شخصاً واحداً وصاحب الانتفاع واحد فهنا لا توجد صعوبة إذ يستطيع الأول أن يأخذ حق الانتفاع بالشفعة إذا باعه الثاني للأجنبي وبذلك تجتمع مكنات الملكية الثلاث في يد واحدة[2].

---

[1] سليم، محمد محي الدين إبراهيم، **الحقوق العينية**، الجزء الأول، حق الملكية والحقوق المشفوعة عنه، ص187- منشورات الجامعة الحقوقية، 2004

[2] هرجة، مصطفى مجدي ، **الشفعة في ضوء احدث الآراء وأحكام النقض** ،دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 1993 ص 26.

الفرض الثاني: إذا كان مالك الرقبة واحد وأصحاب الانتفاع متعددون على الشيوع طبعاً فباع أحد منهم نصيبه لغير مالك الرقبة فيكون عندها لمالك الرقبة أن يأخذ هذا النصيب بالشفعة حتى لو كان المشتري أحد الشركاء في الانتفاع ذلك أن مالك الرقبة مقدم في ترتيب الشفعاء على الشريك وهنا يصبح المالك نتيجة أخذه بالشفعة مالكاً لجزء من العقار ملكية تامة أما الجزء المتبقي فتقتصر ملكيته له على الرقبة[1].

الفرض الثالث: وهو تعدد ملاك الرقبة على الشيوع ولنفترض أنهما اثنان زيد وعمرو يملك كل منهما النصف على الشيوع وكان صاحب الانتفاع واحداً فإذا باع المنتفع حقه للغير فلمالكي الرقبة معاً أخذه بالشفعة فيصبحان مالكين للعقار المبيع ملكية تامة[2].

الفرض الرابع: وفيه يملك اثنان على الشيوع مناصفة والانتفاع لاثنين على الشيوع مناصفة فإذا باع احد صاحبي الانتفاع نصفه للغير يجوز عندها لمالكي الرقبة معاً أو لأحدهما أخذ هذا النصيب بالشفعة، أما إذا باع صاحبا الانتفاع حقهما كله لمشتري واحد جاز لمالكي الرقبة أخذ هذا الحق بالشفعة وجاز لأحد المالكين فقط أن يأخذ نصف الانتفاع بالشفعة إلا إذا تمسك المشتري بعدم تجزئة الشفعة هذا على فرض اتحاد الصفقة فيتحتم على الشفيع أن يأخذ كل الانتفاع أو تركه كله. أما إن تفرقت الصفقة بمعنى تعددت العقود توالت فنتعامل مع كل بيع على حدة[3].

هذا بخصوص القانون المدني المصري ولا وجود لمثل هذه الصفة في الشفيع في القانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية المعمول بأحكامها في فلسطين وذلك كون الشفعة في هذين القانونين لا تجري إلا في بيع الملك وأما في بيع الانتفاع فإننا نكون بصدد الأولوية والتي تخرج عن موضوع هذه الدراسة[4].

---

[1] زكي، محمود جمال الدين، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية**، ص430 -مطبعة جامعة القاهرة، 1978.

[2] سليم، محمد محي الدين، المرجع السابق، ص189.

[3] زكي، محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص431.

[4] أما المادة 1069 من مشروع القانون المدني الفلسطيني فقد نصت على ذات الحالة:

1 - يثبت الحق في الشفعة:

2 - أ/ لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه.

الفرع الثاني: شفعة الشريك في الشيوع

تثبت صفة الشفيع للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي عمـلاً بأحكام 936/ب من القانون المدني المصري وهذه الحالة يفترض فيها أمران:

الأول: وجود شريك على الشيوع في عقار الثاني: أن يباع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي

وسأبحثها على التوالي في مسألتين:

المسألة الأولى: وجود شريك على الشيوع في عقار

يشترط لإعمال هذه الحالة أن يكون الشخص شريك على الشيوع أي أن يكون له نصيب شائع في العقار فإذا أفرز العقار فإنه لا يكون شريكاً على الشيوع وليس له أن يستند لهذا السبب للأخذ بالشفعة لذلك إذا قسّم العقار وخرج بموجب القسمة أحد الشركاء بجزء مفـرز فإنـه لا يستطيع المطالبة بالشفعة بسبب الشراكة على الشيوع وإذا باع أحد الشركاء حصة مفرزة لأجنبي فإن هذا الأجنبي لا يصبح شريكاً على الشيوع [(1)].

وتتوافر صفة الشريك على الشيوع فيمن يملك حصة شائعة لكن هل ينطبق ذلـك علـى الشيوع في الانتفاع المقرر على عقار حيث لو تصرف أحد الشركاء في حق الانتفاع يجوز لأحد شركائه أخذ هذه الحصة بالشفعة ؟

هذه مسألة محل خلاف وذهب الرأي الراجح أن عبارة الشريك فـي الشـيوع تشـمل الشريك في الملكية كما تشمل الشريك في الانتفاع ذلك أن المطلق يجري على إطلاقه وعبـارة النص عامة لم يرد ما يحددها هذا من جهة ومن جهة أخرى توافر الحكمة في كلا الحالتين وهي دفع الضرر الناشئ عن دخول أجنبي والإسراع في إنهاء حالة الشيوع في الانتفاع.

[(1)] البدراوي، عبد المنعم، **حق الملكية**، الطبعة الثالثة -ص338 -جامعة القاهرة، 1994.

المسالة الثانية: أن يباع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي:

كي تتوافر هذه الصفة يجب أن يبيع أحد الشركاء على الشيوع جزءاً من العقار لأجنبي فإن تحقق ذلك يجوز لأي من الشركاء المشتاعين أن يشفع فيه.

لكن يختلف الحكم في حالة قيام أحد الشركاء ببيع حصة مفرزة في العقار الشائع وقبل وقوع القسمة لهذا العقار،والخلاف في هذه الحالة على جواز الشفعة من عدمه مبني على الخلاف في حكم البيع ذاته على اعتبار بيع أحد الشركاء جزءاً مفرزاً من العقار الشائع ينفذ في حق سائر الشركاء قبل القسمة جاز لهم الأخذ بالشفعة لأن نفاذ البيع يجعل المشتري شريكاً في الشيوع محل البائع فتتوافر العلة من إجازة الشفعة في حالة الشيوع وهي دفع الضرر الناشئ عن مشاركة الأجنبي. وإذا اعتبر بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع غير نافذ في حق سائر الشركاء ولا يصبح المشتري شريكا لهم فلا شفعة ووفقا لذلك يكفي أن لا يقر الشركاء هذا البيع حتى يتجنبوا مشاركة المشتري لهم ويبقى البائع هو الشريك[1].

كتب الأستاذ السنهوري في ذلك أنه يميل إلى إعطاء الشركاء رخصة الشفعة في حالة تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع استناداً إلى عبارة المادة (936) مدني مصري " إذا بيع شيء من العقار الشائع لأجنبي". وهذا الشيء قد يكون حصة شائعة وقد يكون حصة مفرزة[2].

وبالإضافة لذلك لو منع الأخذ بالشفعة في هذه الحالة فإنه بمقدور أي شريك أن يعطل أحكام الشفعة بأن يلجأ لبيع حصة شائعة ويدخل عليهم شريكاً جديداً قد لا يرغبون فيه. وإجازة الشفعة في هذه الحالة تتفق مع حكمة التشريع بالإضافة لتأييد عبارة النص لهذا الرأي

---

[1] هرجة، مصطفى مجدي، الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض ، المرجع السابق، ص33.

[2] السنهوري، المرجع السابق، ص549.

وقد استقرت على ذلك محكمة النقض المصرية بعد أن كانت تأخذ بالرأي الأول إلا أنها عــدلت عن ذلك[1].

أما في القانون المدني الأردني فقد نصت المادة 1151 على ثبوت الحق فـي الشـفعة للشريك في المبيع ذاته، وذلك بقولها: "يثبت الحق في الشفعة 1- للشريك في نفس المبيع..." إلا أنها لم تشترط أن يكون المشتري أجنبياً ويكون لصاحب الحصة الشـائعة أن يطلـب الحصـة المبيعة بالشفعة سواء كان المشتري أجنبياً أو شريكاً، الأمر الذي يعتبر محل انتقـاد، ذلـك أن مسوغ الشفعة في هذه الحالة هو جمع ما تفرق من حق الملكية لا يتحقق بـين شـريك علـى الشيوع وشريك آخر ولا يكون للشفعة إذا كان المشتري أحد الشركاء في الوقت الذي تتحقق فيه الفائدة فيما لو كان أجنبياً[2].

الفرع الثالث: شفعة المنتفع في ملكية الرقبة

نصت المادة 936 مدني مصري في الفقرة ج على ثبوت الحق في الشفعة لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها[3].

لقد رأينا في الفرع الأول أن لمالك الرقبة إن يشفع في الانتفاع وهنا جاء الفرض مقابلاً، فإذا باع مالك الرقبة ملكيته يكون لصاحب الانتفاع أن يشفع فيها وهذا يفترض أن ملكية الرقبـة والانتفاع واقعة على عقار واحد، والحكمة من ذلك جمع عناصر الملكية في يد واحدة.

---

[1] للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محدداً مفرزاً يقع البيع صحيحاً وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة علـى نتيجـة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع، متى كان هذا البيع صحيحاً، وصدر لأجنبي وكان الإفراز الذي تحدد به محل البيـع لا يُحاجّ به سائر الشركاء طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في القدر الشائع فإنه ينبني على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع وفقاً لصريح عبارة النص فـي المـادة (936) نقض مدني مصري رقم 1615 لسنة 55 بتاريخ 1988/6/22.

[2] وقد سار المشرع الفلسطيني على خطى المشرع المصري في هذه الحالة حيث نصت المـادة 1069/ب ثبـت الشـفعة للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار إلى أجنبي.

[3] الشواربي عبد الحميد، الشفعة والقسمة، الشفعة والقسمة،المرجع السابق ص40.

فإذا تعدد المنتفعون فإن لكل منهم أن يطلب الشفعة مع مراعاة عدم التجزئة وأميل هنا إلى الفروض السابقة في الفرع الأول لأنه يمكن تطبيق الحلول ذاتها[1].

ولم يتعرض القانون المدني الأردني أو المجلة لهذه الحالة حيث لم يوردها ضمن أسباب الشفعة الواردة في المادة 1151 -من القانون المدني[2].

الفرع الرابع: شفعة مالك الرقبة إذا بيع الحكر والمستحكر إذا بيعت الرقبة

إذا بيعت الرقبة نصت المادة 936 على "أن الحق في الشفعة يثبت لمالك الرقبة إذا بيع الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة".

حق الحكر هو حق قديم مستمد من الفقه الإسلامي وغالباً ما يكون في الأراضي الموقوفة بأن يستحكر الشخص العقار لمدة طويلة لغايات إعمارها وإصلاحها فإذا باع المستحكر حق الحكر كان لمالك الرقبة أن يأخذ هذا الحق بالشفعة وكذلك لو باع مالك الرقبة حقه كان للمستحكر أن يأخذه بالشفعة. وفي الحالتين سيؤدي الأخذ بالشفعة إلى جمع ما تفرق من عناصر حق الملكية ليصبح في يد واحدة كما هو الحال في الرقبة والانتفاع ولم يورد القانون المدني الأردني شيئاً من هذا القبيل ضمن حالات الشفعة كونها قد تكون ضمن أحوال الأولوية.إلا أنها في كل الأحوال نادرة الوقوع في الحياة العملية وغير مرغوب فيها وتؤدي في النهاية إلى إنهاء حق الحكر[3].

الفرع الخامس: شفعة الجوار

يثبت الحق في الشفعة بموجب المادة 936/هـ من القانون المدني المصري للجار المالك في الحالات التي نص عليها القانون. ويشترط لهذه الحالة شرطان يجب توافرهما في كل الأحوال:

---

[1] .طلبة، خطاب، ومحمود، ناصر الدين، **الحقوق العينية الأصلية**، حق الملكية، ص3931، منشورات عين شمس

[2] كذلك نحى المشرع الفلسطيني ذات المنحى في المادة 1069/ج

[3] نص المشرع الفلسطيني على هذه الحالة في المادة 1069/د.

الشرط الأول: الجوار والتلاصق: والمقصود بالجوار هو التلاصق بين العقار المبيــع وعقــار طالب الشفعة وبذلك ينتفي الجوار إن وجد شارع عام مثلاً بين العقارين أما لــو وجــد شــارع مملوك لأحد الجارين فلا ينتفي الجوار[1].

ولا يقصد بالجوار مجرد قرب المسافة بين العقارين وإنمــا يتعلــق الأمــر بالتلاصــق المباشر بينهما دون فاصل أياً كانت مسافة التلاصق جزئية أو كلية.

الشرط الثاني: كذلك يشترط لتحقق هذه الحالة أن يكون الجار الشفيع مالكاً يجب أن يكون الجار الذي يريد الأخذ بالشفعة مالكاً للعقار الذي يشفع به فإذا لم يكن مالكاً فــلا شــفعة كــأن يكــون مستأجراً أو محتكراً أو صاحب انتفاع وكذلك إذا كان الجار قد اشترى العقار الذي يشــفع بـــه بعقد لم يسجل بعد فلا تجوز له الشفعة لأن ملكية العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل.

وقد تكون ملكية هذا الجار ملكية مفرزة أو شائعة، فالأمر سيان فالمالــك يســتطيع أن يستند إلى ملكيته هذه لأخذ العقار بالشفعة كما يستوي أن تكون ملكية الشــفيع تامــة لعناصــر الملكية أو مقصورة على ملكية الرقبة. لأن ذلك لا يغير من وصفه مالكاً[2].

وقد نصت المادة 936/هــ على حالات محددة للجار المالك لذلك سأميّز بــين حــالتين حسب طبيعة العقار المشفوع فيه.

الحالة الأولى: إذا كان العقار المشفوع فيه من المباني أو الأراضي المعدة للبناء وهنــا يكفــي لأخذه بالشفعة مجرد التلاصق من جهة واحدة. وهذه الحالة تتعلق في البنــاء المجــاور أو فــي الأرض المجاورة للبناء[3].

---

[1] الاهواني، حسام الدين كامل، **الحقوق العينية الأصلية**، أسباب كسب الملكية، ص137، منشورات جامعة عين شــمس، 1999.

[2] جلال محمد إبراهيم، **الحقوق العينية الأصلية** 2004، ص355.

[3] الشواربي عبد الحميد، الشفعة والقسمة، المرجع السابق، ص 44

أما من البناء فالأمر واضح فهو كل بناء قائم معدّ للسكن فيه، أما عـن الأرض المعـدّة للبناء فيتبين ذلك وفقاً للخرائط التي تحدد حدود المدينة أو القرية، والمناطق التي يسمح بالبنـاء فيها أو لا، فإن كانت وفقاً لهذه الخرائط تدخل في نطاق المدينة أو القرية فإنهـا تعتبـر أرضـاً للبناء، أما إن لم تكن داخلة ضمن هذه الخرائط والحدود فإنها لا تعتبر كذلك[1].

ولم يشترط المشرع المصري في هذه الحالة سوى شرط الجوار أي التلاصق ولو كـان من جهة واحدة فقط ولا صعوبة في الأمر إذا كان العقاران المشفوع فيه والمشـفوع بـه مـن الأراضي أما إذا كان الاثنان من المباني فإن هذا الشرط يتوافر في تلاصق البناءين بالجدران أو بالأرض القائم عليها البناءان.

أما المشرع الأردني فقد أورد هذه الحالة ضمن أحكام المـادة 1151/ج مـن القـانون المدني الأردني تحت مسمى الجار الملاصق. إلا أن هذه الحالة قد ألغيت بموجب القانون المعدل رقم 38/ لسنة 2002.المتعلق بقانون الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة(58)، وبـذلك فقـد قصر الشفعة والأولوية على حالة الشريك في المال غير المنقول فقط، وذلك بموجب المادة (2) منه بقوله "لا يمارس حق الأولوية أو الشفعة إلا من قبل الشريك في المال غير المنقـول" إلا أن هذا التعديل لا يسري في فلسطين رغم أن ذات القانون هو المطبق لدينا. وبالتالي ما زالت حالة الجار الملاصق مطبقة لدينا في فلسطين.

أما عن حالة البناء فإن المشرع الفلسطيني في القانون رقم (1) لسنة (96)/ قانون تمليك الطوابق والشقق قد وضع حق الأفضلية الذي يطبق على المباني التي أوجب تسجيلها في الدوائر المختصة بذلك.

الحالة الثانية: إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كـان حـق الارتفـاق لأرض الجار على الأرض المبيعة:

---

[1] حسين، محمد عبد الظاهر، **حق الملكية**،ص247، منشورات جامعة بني سويف، 2006.

تفترض هذه الحالة أننا لسنا بصدد أرض معدة للبناء وفائدة الشفعة في هذه الحالة حق الارتفاق الذي يمثل عبئاً ثقيلاً على الملكية كأن يكون لأرض على أخرى حق مرور أو شرب أياً كان مصدر هذا الحق سواء الارتفاق أو القانون قد وردت هذه الحالة في قانون الأموال غير المنقولة الأردني في المادة (1) وفي المادة 1151/ب/مدني أردني، إلا أنها ألغيت بموجب التعديل الجديد السالف بيانه إلا أنها ما زالت سارية في فلسطين.هذا وقد سمى القانون هذه الحالة بالخليط في حق الارتفاق[1].

الحالة الثالثة: إذا كانت أرض الجار ملاصقة من جهتين ولا تقل قيمتها عن قدر معين

في هذه الحالة اشترط المشرع بالإضافة لشرط الجوار والتلاصق شرطين آخرين الأول أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين والثاني أن تكون قيمة أرض الجار مساوية لنصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل[2].

والفرض هنا أننا بصدد أرض زراعية أو معدة للزراعة، ذلك أننا قد انتهينا من الأراضي المعدة للبناء أو المباني ذاتها، بذلك سأنتقل لدراسة الشرطين في هذه الحالة:

الشرط الأول: أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين اكتفى المشرع عند دراسة الشروط العامة للشفعة بالجوار بأن يكون هذا الجوار من ناحية واحدة إلا أنه خرج عن ذلك في هذه الحالة واشترط التلاصق من جهتين والمقصود بالجهة جهة من الجهات الأربع - الشرق والغرب والشمال والجنوب.

---

[1] سار المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني الفلسطيني على نهج المشرع المصري في المادة 1069 في سرده لحالات الشفعة المادة 2/1069 -يثبت الحق في الشفعة للجار المالك في الأحوال الآتية:

أ - إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء.

ب - إذا كانت للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار المبيعة.

ت - إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.

[2] البدراوي، عبد المنعم، المرجع السابق، ص352.

والعبرة في تحديد جهات التلاصق هو بالأرض المشفوع بها أي أرض الجار الشفيع فيتوافر هذا الشرط إذا كانت أرض الشفيع تلاصق الأرض المبيعة بحدين ولا يشترط في الحدين التجاور[1].

الشرط الثاني: أن تكون أرض الشفيع مساوية في القيمة لنصف ثمن الأرض المبيعة.

إن العبرة في تقدير قيمة أرض الشفيع هي بقيمتها الحقيقية وقت بيع الأرض المشفوع فيها. أما بالنسبة للأرض المشفوع فيها فالعبرة بالثمن الذي بيعت به، إذ هي القيمة التي يلزم الشفيع بإيداعها عند طلب الشفعة.فإذا حددت قيمة كل من الأرضين فإن أرض الشفيع يجب أن تكون قيمتها نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل دون أهمية لمساحة أي منهما فقد اشترط المشرع التناسب في القيمة لا في المساحة[2]

المطلب الثاني: التزاحم بين الشفعاء

يظهر موضوع التزاحم بين الشفعاء إذا طلب الشفعة أكثر من شفيع إذ يتعين في هذه الحالة تحديد لمن الأولوية فيها بمعنى من الأولى بأخذها وكيف يتم توزيع العقار المشفوع فيه ويختلف حكم هذه المشكلة بحسب ما إذا كان من طلب الشفعة من طبقة واحدة أو طبقات مختلفة، وبذلك سأقسم هذا الموضوع إلى فرعين أبحث في الفرع الأول التزاحم بين الشفعاء من طبقات مختلفة وفي الفرع الثاني التزاحم بين الشفعاء من طبقة واحدة.

الفرع الأول: التزاحم بين الشفعاء من طبقات مختلفة

تنص المادة 1/937 من القانون المدني المصري "إذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على الترتيب التالي وهو ذات الترتيب الذي بحثنا فيه أسباب الشفعة صفة الشفيع من الصفحة 24 وحتى صفحة 33 .

---

[1] الجمال، مصطفى، **نظام الملكية**، الطبعة الثانية، 2000، ص459.

[2] أبو السعود، رمضان **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية**، دار الجامعة الجديدة، 2004،ص240.

وبناء على ذلك إذا كان حق الانتفاع شائعاً وباع أحد الشركاء حصته لأجنبي فإن التزاحم يكون بين مالك الرقبة والشريك المشتاع فيه والجار الملاصق للعقار فينطبق المبدأ السابق ويقدم مالك الرقبة ثم يليه الشريك في الشيوع في الانتفاع ثم الجار[1].

وإذا كانت ملكية الرقبة شائعة وباع أحد الشركاء حصته لأجنبي وطلب الشفعة شـــريك آخر وصاحب حق الانتفاع يقدم الشريك لأنه قدم على صاحب الانتفاع بموجب الفقـــرة 2 مـــن المادة 936 مدني مصري .

وقد قررت محكمة النقض المصرية بهذا الخصوص ذات الترتيـــب وتقيـــدت بـــالنص القانوني، وتطبيقاً لما سبق قررت أن النص في المادة 937 مفاده أن المشرع قرر حق الشـــفعة لكل من مالك الرقبة ولصاحب حق الانتفاع لحكمة توخاها هي جمع شتات الملكيـــة بـــرد حـــق الانتفاع لمالك الرقبة وبرد الرقبة لصاحب الانتفاع وتحقيقاً لذات الحكمة جعل المشرع الأفضلية عند تزاحم الشفعاء لمالك الرقبة عند بيع الانتفاع وقدمه على سائر الشفعاء وكذلك لمالك الانتفاع عند التزاحم إذا بيعت كل الرقبة أو بعضها وان مؤدي ذلك أن الشفعة في الانتفاع أو في الرقبـــة مقررة لسائر الشفعاء المنصوص عليهم لتوفر الحكمة في تقرير الشفعة لكل منهم[2].

أما القانون المدني الأردني فقد نص في المادة 1152على أنه 1- "إذا اجتمعت أســـباب الشفعة قدم الشريك في العقار ذاته ثم الخليط في حق المبيع ثم الجار الملاصق 2- من ترك من هؤلاء الشفعة أو سقط حق فيها انتقلت إلى من يليه في الرقبة".

وذلك إذا تزاحم الشفعاء من طبقات مختلفة قدم من كان في طبقة سابقة وفقـــاً للترتيـــب المنصوص عليه، فتعطي للشريك أولاً ثم للخليط في حق الإنفاق ثم للجار الملاصق[3].

---

[1] كركبي مروان وسامي منصور، الأموال والحقوق العينية العقارية، ص328.

[2] نقض مدني مصري في الطعن 2110، بتاريخ 85/4/9، س 36، مجموعة أحكام النقض، عن نبيل إبـــراهيم ســـعد ، الشفعة قولا وعملا ، المرجع السابق ص41

[3] العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص172.

وبذلك إذا بيع عقار ملكيته تامة بمعنى توافر ملكية الرقبة والانتفاع والاستغلال شائعة وباع الشريك حصته وطلب الشفعة شريك آخر وجار مالك. قدم الشريك فإذا لم يوجد أو لم يطلب ووجد خليط وجار قدم الخليط على الجار وفقاً للترتيب أعلاه. هذا وفقاً للقانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 58 والمطبق حالياً في فلسطين أما بخصوص ما هو معمول به في الأردن فقد ألغيت حالة الخليط والجار ولا داعي للتزاحم من طبقات مختلفة.[1]

الفرع الثاني: التزاحم بين الشفعاء من طبقة واحدة

نصت المادة 2/937 مدني مصري على أنه (إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه)[2]

---

[1] نص المشرع الفلسطيني على تزاحم الشفعاء في المادة (1070)، من مشروع القانون المدني بقوله:

1. إذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة.
2. إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة يكون استحقاق كل منهم للشفعة على قدر نصيبه.
3. إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشرائط التي كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة، فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى.

تتعرض هذه المادة إلى تحديد مراتب الشفعاء عند التزاحم، فتقرر بأنه عند تعدد الشفعاء، يحل التزاحم بينهم وفقا للترتيب التي أقرته المادة 1069 من المشروع، فتعطي الأولوية لمالك الرقبة لضم حق الانتفاع، ثم للشريك في الشيوع إذا بيع الشيء من العقار لإبعاد الأجنبي، ثم لصاحب حق الانتفاع لضم الرقبة إليه، ثم لمالك الرقبة إذا بيع حق الحكر، أو للمستحكر إذا بيعت الرقبة، ثم يثبت الحق في الأخذ بالشفعة للجار في الأحوال الثلاث المذكورة في المادة السابقة، من المشروع وفي حالة التزاحم بين الشفعاء الذين ينتمون إلى طبقة واحدة، في هذا الفرض ليس هناك أفضلية لواحد على آخر، فكلهم من طبقة واحدة من الطبقات المنصوص عليها في المادة السابقة، حينئذ يكون لكل واحد أن يطالب بالشفعة بقدر نصيبه سواء في الأرض أو في الانتفاع فيها.. الخ=

أما إذا توافرت في المشتري الشرائط التي تجعله شفيعا ممن نصت عليهم المادة السابقة 1069 من المشروع، فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته، أو من طبقة أدنى ولكنه يتقدمه الذين هم طبقة أعلى منه، فإذا كان المشتري هو صاحب حق الانتفاع، فيتقدم عليه مالك الرقبة، والشريك، ولكنه يتقدم على مالك الرقبة في الحكر، وكذلك الجار وهكذا. يتطابق حكم هذه المادة مع المادة 937 من القانون المدني المصري، في الحدود التي أجاز فيها المشروع الشفعة، انظر المذكرة الإيضاحية للمادة 1113 من المشروع، والمادة 1/1152 من القانون المدني الأردني.

[2] هرجه، مصطفى مجدي، الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض، دار المطبوعات الجامعية، 1993، ط2، ص 81.

لا توجد صعوبة في تطبيق هذه الحالة على الشفعاء في الطبقات الأربعة الأولى في القانون المدني المصري فإذا طلبوا الأخذ بالشفعة اقتسموا العقار المشفوع فيه كله (كل بنسبة حصته، وإذا طلب الأخذ بها بعضهم دون الآخرين وسقط حق أي منهم نتيجة عدم مراعاة المواعيد والإجراءات قسّم العقار على طالبي الشفعة أو من كان طلبهم صحيحاً كل بقدر نصيبه في العقار، هذا إذا كانت الصفقة موحدة مع مراعاة عدم التجزئة فيجب على كل منهم أن يطلب الشفعة في كل العقار ما لم يكونوا قد طلبوه مجتمعين في دعوى واحدة نتيجة أن الصفقة واحدة والعقد واحد، تحت طائلة سقوط الحق في الشفعة نتيجة لعدم إمكانية التجزئة[1].

أما القانون المدني الأردني في نص في المادة (1153) منه على انه:

1. إذا اجتمع الشفعاء من درجة واحدة كانت الشفعة بينهم بالتساوي.
2. إذا اجتمع الخلطاء قدم الأخص على الأعم.

وبناءً على هذا النص فإذا كان طالبو الشفعة من الطبقة ذاتها وكانوا كلهم شركاء في العقار أو خلطاء أو جيراناً فإن المشفوع فيه يقسم بينهم على عدد الرؤوس بينما نجد أن المشرع المصري اعتمد الأنصبة أو الحصص كل بنسبة حصته، وهذا الرأي الأخير يعتبر أكثر عدالة من حكم القانون المدني الأردني[2].

أما الفقرة الثانية من المادة السابقة فقد أوردت حالة خاصة بالتزاحم بين الخلطاء في الارتفاق ولم يساوي المشرع الأردني بينهم فقد قدم الخليط الأخص على الأعم وقد رتب الخلطة بالنسبة للأخذ بالشفعة كما يلي:

حق الشرب ثم حق المرور ثم حق المسيل وذلك بسبب طبيعة الاحتياج في كل العقارين للآخر فحق الشرب أكثر الحاحاً من المرور وأولى منه وإذا وقع الاشتراك في المرور كان أقوى من الاشتراك في المسيل.

---

[1] سعد، نبيل إبراهيم ، الشفعة علما وعملا ،المرجع السابق، ص 42.

[2] عباسي، جلال، **الخلاصة الجلية في أحكام الحقوق الأولية**، المكتبة الوطنية، الطبعة الأولى، 1994، ص7.

الفرع الثالث: إذا كان المشتري أحد الشفعاء

جاءت المادة 3/937 مدني مصري بحالة ثالثة حينما نصت على أنه إذا كان المشـــتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعل منه شفيعاً بمقتضى المادة 936 فإنه يفضل علـــى الشـــفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين من طبقة أعلى.

وان ذلك يعني أنه إذا توافر في المشتري سبب يجعله في نفس الوقت شفيعاً فأنه يتفادى سائر الشفعاء الذين هم من طبقته ومثال ذلك إذا بيع العقار لأحد الجيران مثلاً فضل هذا الجـــار المشتري وامتنع على سائر الجيران طلب الشفعة حتى وان كانت المنفعة التي تعود على العقار الذي يملكه بسبب ضم العقار المشفوع إليه أقل من ما يعود على غيره من الشفعاء فيما لو ضـــم العقار المشفوع إلى أملاكهم[1].

وكذلك لو بيع العقار لأحد أصحاب حق الانتفاع وأنه لا يحق لباقي الشركاء في الانتفاع طلبها.

أما إذا تعدد الشركاء في الشيوع وبيع شيء من العقار فإن مسألة التزاحم لا تثور ذلـــك أن الشفعة مقصورة على حالة بيع حصة من العقار الشائع لأجنبي. فهو يقدم على الشفعاء مـــن طبقته وهو مقدم على من هم في طبقة أدنى منه.

ولكن يتقدم على المشتري الشفعاء الذين يعتبرون في طبقة أعلى من طبقته فـــإذا بيـــع العقار لجار وكان هناك شريك مشتاع فيقدم عليه[2]

[1] هرجة، مصطفى مجدي، الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض، المرجع السابق، ص79.

[2] طلبه خطاب ومحمد ناصر الدين، **الحقوق العينية الأهلية**، منشورات جامعة عين شمس، 2001، ص 403.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للشفعة وخصائصها

المطلب الأول: شروط التصرف المشفوع فيه

الفرع الأول: وجوب أن يكون التصرف بيعاً

تشترط التشريعات موضوع الدراسة أن يكون التصرف المجيز للشفعة بيعا وتكييف العقد محل النزاع على أنه بيع أم لا مسألة تخضع لتقدير قاضي الموضوع وهو يستهدي إلى ذلك بالغرض الحقيقي الذي قصد إليه المتعاقدان ولا يتقيد بالوصف الذي اسمياً التصرف به فالعبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني وقد حددت المادة 935 مدني مصري في تعريفها للشفعة أنها لا تكون إلا في بيع العقار.

وقد عرفت المادة 418 مدني مصري عقد البيع بأنه عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو مالي آخر لقاء ثمن نقدي، وعليه ولما كانت النقود أشياء مثلية فإن الشفعة لا تؤدي إلى الإضرار بالبائع، حيث يقبض من الشفيع نفس الثمن النقدي المتفق عليه في عقد البيع وإذا كان المشتري قد سدد ثمن للبائع فأن الشفيع يدفع الثمن إلى المشتري ويسترد المشتري ما أداه للبائع ولا يلحقه ضرر من الشفعة، فحلول الشفيع محل المشتري لا يكون ممكناً إلا إذا كان بإمكانه أن يقدم للبائع نفس الأداء الذي التزم به المشتري[1].

وبناءً على ما سبق فإن الشفعة لا تثبت إلا إذا كنا بصدد عقد بيع صادر من بائع إلى مشتري واكتملت فيه أركانه.

أما في القانون المدني الأردني وعملاً بإحكام المادة 1155 منه فإن الشفعة تثبت في عقد البيع الرسمي مع قيام السبب الموجب لها واعتبر القانون أنه الهبة بشرط العوض في حكم البيع.

---

[1] أبو جميل، وفاء حلمي، **حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه**، الجزء الأول، حق الملكية، مكتبة النصر، الزقازيق، 2003، ص178.

وقد عرف القانون المدني الأردني في المادة 465 منه البيع بأنه تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض.

وبذلك اختلف الحكم في كلا القانونين المدنيين المصري والأردني في تعريفهمـا للبيـع فاشترط الأول أن يكون لقاء ثمن نقدي. بينما لم يشترط الثاني ذلك بل اشتراط العوض والعوض قد يكون نقدياً ويكون عينياً ويكون مثلياً.

وبذلك فإن الشفعة لا ثبت في عقد البيع في القانون المـدني المصـري ولـم يشـترط المصري أن يكون البيع مسجلاً فتجوز الشفعة سجل العقد أم لا.

أما نظيره الأردني فاشترط أن يكون عقد البيع رسمياً وهو لا يكون كذلك ما لم يسـج في الدائرة المختصة بذلك وهي دائرة تسجيل الأراضي وقد رتب المشرع الأردني البطلان على أي تصرف في العقارات المسجلة والمشمولة بأعمال التسـوية لا يـتم أمـام مـأمور تسـجيل الأراضي. وبذلك فإن الشفعة لا تكون إلا في عقد البيع المسجل[1].

وتعد الهبة بعوض في حكم البيع إلا أن العوض يجب أن يكون مبلغاً مـن النقـود وان يكون مساوياً لقيمة العقار لكي يكون العقد عقد بيع أضفي عليه صفة الهبة.[2]

وكذلك كان الحال في مجلة الأحكام العدلية فقد قررت في المـادة 1021 أن الشـفعة لا تثبت إلا بعقد البيع والمادة 1022 اعتبرت أن الهبة بشرط العوض في حكم البيع.

لكن ما الحكم إذا كان البيع قابلاً للأبطال في المدني المصـري وفاسـداً فـي المـدني الأردني؟ اختلف الوضع في كلا القانونين ففي المدني المصري فإن الشفعة تجوز في البيع القابل للأبطال لأنه يقع صحيحاً ومنتجاً لآثاره في الحال حتى يقضي بإبطاله.

---

[1] مدغمش، جمال، **الشفعة والأولوية في قرارات التمييز الأردنية**، المكتبة الوطنية -عمان، 1994، ص24.

[2] سوار محمد وحيد الدين، **الحقوق العينية الأصلية**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،1997، ص 177.

وبناءً عليه يجوز الأخذ بالشفعة في البيع الصادر من القاصر دون أذن المحكمة أمـــا إذا قضي بإبطال البيع فإنه يزول وتزول آثاره سواء أكان الشفيع قد طالب بالشفعة أم لا، تملـــك أم لا.

ولا يجوز الأخذ بالشفعة في البيع الباطل لأن الباطل لا يرتب أثراً ولا وجود للعقد مـــن الأساس.

أما المشرع الأردني فقد قرر أن الشفعة لا تجري في البيع الفاسد وذلك عمـــلاً بأحكـــام المادة 1026 من مجلة الأحكام العدلية وحيث نص المدني الأردني على إلغاء ما يتعارض مـــع نصوصه من مجلة الأحكام العدلية. وحيث أن هذا النص لا يتعارض مع أي نص وارد فيه بهذا الخصوص فإنها تبقى قائمة. ومعمولاً بها.

وكذلك إذا ابرم عقد البيع وتقايل طرفاه قبل طلب الشفعة فأنه يمتنـــع علـــى الشـــفيع أن يطلب الشفعة باعتباره فسخاً رضائيا.

الفرع الثاني: البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة

المسألة الأولى: البيع الواقع بين الفروع والأصول

تعددت التشريعات المدنية التي تمنع الشفعة بين الفروع والأصول ففي القانون المـــدني المصري نصت على ذلك المادة (939) في فقرتها الثانية على أنه (لا يجوز الأخذ بالشـــفعة إذا كان البيع بين الفروع والأصول...) وكذلك المادة (1161) من القانون المدني الأردني في الفقرة الثانية تحت عنوان لا تسمع دعوى الشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع.

أما في مجلة الأحكام العدلية فقد نصت المادة (1027) على ذلك بقولها لا تجري الشفعة في تقسيم العقار فلو قسمت دار مشتركة بين المشتركين فلا يكون الجار شـــفيعاً أمـــا القـــانون رقم(51) لسنة (58) المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة وفي المادة الثانية منه فقـــرة (ب) لا يمارس حق الأولوية أو الشفعة إذا حصل البيع بين الفروع والأصول.

يتضح من النصوص السابقة أن مختلف التشريعات موضوع الدراسة قد قــررت عــدم جواز الشفعة في البيع الواقع بين الفروع والأصول فبيع المالك لفروعه مهما نزلوا أو لأصــوله مهما علوا دون التقييد بدرجة معينة، فإذا باع الأب ابنته أو ابنه أو ابن ابنته مهما نــزل الفــرع فالشفعة لا تجوز وكذلك إذا باع الابن عقاره لأبيه أو لأم أبيه أو لأبي أبيه أو لأمه مهمــا عــلا الأصل فإنه لا شفعة وعلة ذلك لاعتبارات تطلبتها قرابة المشتري فإذا باع مالك العقار لمشتري تصله به قرابة وثيقة وضع القانون هذا المانع من موانع الشفعة. [1]

ولا يخفي على أحد أن الحكمة واضحة من ذلك وهي الحفاظ علــى التــرابط الأســري والاجتماعي ذلك أن البيع ذو طبيعة عائلية.[2]

المسألة الثانية: البيع بين الزوجين

لا تجوز الشفعة في بيع واقع بين الزوجين ويجب أن تكون العلاقة الزوجية قائمة وقــت إبرام البيع ولا تنقطع تلك العلاقة إلا بالطلاق المكمل للثلاث أو بانقضاء العــدة فــي الطــلاق الرجعي وبالتالي إذا تم البيع بعد الطلاق البائن بينونة كبرى أو صغرى فإن البيع يكــون بــين غرباء وليس بين الزوجين إذ بوقوع البينونة تصبح الزوجة غريبة عن زوجها أما إذا تم البيــع بعد الطلاق الرجعي وقبل انقضاء العدة فإن العلاقة الزوجية تكون قائمة ويجوز للزوج مراجعة

---

[1] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 534.

[2] زكي، جمال الدين، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص422.

نصت المادة 1074 من مشروع القانون المدني الفلسطيني على: -

1. لا يجوز الأخذ بالشفعة:

أ. في البيع بالمزاد العلني وفقاً للقانون.

ب. إذا وقع البيع بين الفروع والأصول أو بين الزوجين أو بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة أو بين الأصهار حتى الرجة الثانية.

ج. إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة أو للمنفعة العامة.

د. إذا كان العقار تجري قسمته وفقاً للقانون.

2. لا شفعة في الوقف ولا له إلا لمسوغ قانوني.

زوجته بكلمته فلا تجوز الشفعة فقد يتم البيع إرضاء للزوجة قبل مراجعتها وهي لم تـزل فـي عصمته مثلاً[1]

ولا تجوز الشفعة في البيع المبرم بين الزوجين ولو كان معلق على شرط واقف أو فاسخ حتى إن توفيت الزوجة قبل أن يتحقق الشرط الواقف إذ يعتبر عقد البيع من عناصر الذمة المالية فتنتقل إلى ورثتها ويجب لعدم جواز الشفعة في البيع المبرم بين الزوجين أن يكون جدياً فإن كان صورياً وتمكن الشفيع من إثبات الصورية انتفى المانع حين ذلك.

أما عن الطلاق بين الزوجين فقد قضـت محكمـة التمييـز الأردنيـة فـي قرارهـا رقم(91/31) بان المقرر في فقه الحنفية على ما جرى به قضـاء هـذه المحكمـة أن الطـلاق الرجعي لا يغير شيئاً من أحكام الزوجية فهو لا يزيل الملك ولا يرفعه إلا بانقضاء العدة ويحـق للزوجة المطلقة أن تقيم في مسكن الزوجية الذي كانت تقيم فيه حتى تنتهي عدتها الشرعية.[2]

علماً بأنه قد نص على هذا المانع في المادة المذكورة سابقاً في الفـرع الأول باسـتثناء نص المجلة كما يتضح من أحكامها أنها لم تضع مثل هذه الموانع.

المسألة الثالثة: البيع بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة

كذلك لا تجوز الشفعة في البيع الواقع بين المالك وأحد من أقاربه حتى الدرجة الرابعـة وفي حساب درجة القرابة فقد كان النص واضحاً في المادة (36) من قانون المـدني المصـري (وعند حساب درجة القرابة نعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم النـزول مـن الأصل إلى الفرع الأخر وكل فرع ما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة) [3].

وفي شرح ذلك كتب المرحوم السنهوري "إن الأخ يعتبر لأخيه من الدرجة الثانية إذ أن الأصل المشترك في الأخوين هو الأب فيحسب الأخ درجة ومنه تصعد إلى الأب وهو الأصـل

---

[1] طلبة، أنور، **الشفعة والتحيل لإسقاطها**، الطبعة الأولى، القاهرة، المكتب الجامعي الحديث، 2004، ص204.

[2] العمروسي، أنور، **الملكية وأسباب كسبها**، الطبعة الأولى، دار محمود للنشر والتوزيع،1995، ص 520.

[3] شنب، محمد لبيب، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية**، المرجع السابق، ص114.

المشترك فلا يحسب ثم تنزل من الأب إلى الأخ الآخر فيحسب هذا أيضاً درجة فهاتان درجتان ويكون البيع الصادر من الأخ لأخته أو لأخيه بيع لا تجوز الشفعة".

ويعتبر العم بالنسبة لأبن أخيه في الدرجة الثالثة إذا أن الأصل المشترك هو الجد فلا يحسب ثم تنزل من الجد إلى ابن الأخ درجتين الأخ درجة ولابنه درجة ثانية فيكون مجموع الدرجات ثلاثة ومثل ذلك عن العمة والخال والخالة ويكون البيع الصادر من العم أو العمة أو الخال أو الخالة لابن أخيه أو لابن أخيها أو لابن أخته أو لابن أختها بيعاً واقعاً بين أقارب الدرجة الثالثة فلا تجوز فيه الشفعة.

وكذلك لا تجوز الشفعة في البيع الصادر من ابن الأخ للعمة ولابن الأخت لخاله لأن درجة القرابة من الدرجة الثالثة ويعتبر كذلك ابن العم بالنسبة إلى ابن عمه من الدرجة الرابعة إذ أن الأصل المشترك بينهما هو الجد فتصعد من ابن العم إلى الجد بدرجتين ولا يحسب الجد ثم تنزل من الجد إلى ابن العم الآخر بدرجتين فيكون المجموع أربعاً فيكون البيع الصادر من ابن العم إلى ابن عمه بيعاً واقع بين أقارب الدرجة الرابعة ولا تجوز فيه الشفعة، وكذلك نقول عن بنت العم وابن العمة وابن الخال وبنت الخال وابن الخالة وبنت الخالة كل هؤلاء أقارب حتى الدرجة الرابعة[1] ". وهذا ما عليه الوضع أيضاً في القانون المدني الأردني سنداً لأحكام المادة 35 منه والذي يؤكده قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 77/344[2]

المسألة الرابعة: البيع لأقارب المصاهرة

كذلك قررت ذات النصوص الواردة سابقاً في كل من القانون المدني المصري بموجب المادة 939/ب " لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية" والقانون المدني الأردني عدم جواز الشفعة بين أقارب المصاهرة حتى الدرجة الثانية عملا بأحكام المادة 1161 /2 " إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو الأقارب حتى

[1] السنهوري، عبد الرزاق المرجع السابق، ص 536.

[2] مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1978، ص 166.

الدرجة الرابعة أو بين الأصهار حتى الدرجة الثانية " وكذلك القانون رقم(51) لسنة(1958) المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة وهو المطبق في فلسطين نص على ذات القيد بموجب أحكام المادة 3/ب وهو ذات النص الوارد في المادة 1161 القانون المدني الأردني المشار إليه أعلاه .

وبذلك فإن الشفعة لا تجوز في البيع الذي يتم بين الزوج ووالد زوجته إذ تكون قرابته بالنسبة لهما من الدرجة الأولى كذلك لا تجوز الشفعة بالبيع الذي يتم بين الزوج وأخ الزوجة أو أخت الزوجة وتكون القرابة بالنسبة لأي منهما في الدرجة الثانية وكذلك في الصور المعاكسة في البيع الذي يتم بين الزوجة ووالد الزوج أو والدته والبيع الذي يتم بين الزوجة وأخ الزوج أو أخته. [1]

فإذا كان من بين المشترين أحد مما تم ذكرهم وكان العقار المبيع غير قابل للتجزئة فإن الشفعة لا تجوز بالنسبة لجميع المشترين أما إذا كان العقار قابلاً للتجزئة فإن الشفعة تجوز بالنسبة لحصة من لم يتحقق له مانع من هذه الموانع. هذا حسبما قررت محكمة النقض في قرارها رقم 97/1 بتاريخ 95/2/9 [2]

أما التساؤل الذي يدور هل تنقضي قرابة المصاهرة بعد وفاة أحد الزوجين؟. هنا اختلفت الاتجاهات في الإجابة على هذا التساؤل فمنهم من يرى انتقاء قرابة المصاهرة بوفاة أحد الزوجين وحينها فإن الشفعة لا تجوز إذا تم البيع قبل الوفاة "اما إذا كان للشفيع الحق في الشفعة أو عدم أحقيته في ذلك بوقت إبرام العقد فإن قرابة المصاهرة قائمة في هذا الوقت فلا يكون للشفيع حق في الشفعة لو حدثت الوفاة بعد ذلك أما إذا تم البيع بعد الوفاة فإن قرابة المصاهرة تكون قد انقضت في هذا الوقت وبالتالي يثبت للشفيع الحق في الشفعة باعتبار أن رابطة القرابة

---

[1] السنهوري، الوسيط، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 536.

[2] عبد الحميد الشواربي، الشفعة والقسمة، المرجع السابق، ص 161.

مبنية على رابطة الزواج لا على رابطة المصاهرة وهو الرأي القضائي الذي أخذت به محكمة النقض في العديد من قراراته"[1].

المسألة الخامسة: البيع بطرق المزاد العلني

نصت المادة (939) من القانون المدني المصري والمادة (1161) من القانون المدني الأردني والمادة(2) فقرة (3) من القانون رقم(51) لسنة 1998 المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة المعمول به في فلسطين على عدم جواز الشفعة في البيع الذي يتم بطريق المزاد العلني.

والسبب في ذلك الاستثناء أن البيع الذي يجري على هذا النحو يكون المجال متاحاً للشفيع إذا ما أراد أخذ العقار في أن يدخل في المزاد بالإضافة إلى أن هذا البيع يحقق مصلحة البائع بحيث يستطيع بيع عقاره بيعا قضائيا بطريق التنفيذ (دائرة الأجراء) في القانون الأردني[2] والتي سميت لدينا في فلسطين بدائرة التنفيذ حسب أحكام قانون التنفيذ الجديد رقم (8 لسنة) 2005.

وأسباب البيع بالمزاد العلني متعددة يصعب حصرها فقد يباع العقار للشخص المفلس أو عديم الأهلية أو عقار الغائب وكذلك بيع العقار في إزالة الشيوع لعدم إمكانية قسمة هذا العقار.

ويقصد بهذا البيع هو البيع الذي تجري فيه المزايدة العلنية آلت يتحصل بالنداء إذ فيها يتمكن الشفيع من الدخول للاشتراك في هذه المزايدة أما إن كانت المزايدة مثلاً بطريق الظرف المختوم فلا ينطبق عليها هذا الحكم لأنها ليست مزايدة حقيقية لانتفاء العلانية به وعدم استطاعة الشفيع معرفة ما إذا كان السعر المدفوع فيها لو كان يستطيع أن يدفع أعلى منه.

---

[1] عبد التواب معوض ، الشفعة والصورية ، المرجع السابق ص 185

[2] القلاب، سليمان خليف، الشفعة في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص58.

أما بخصوص البيع الذي يجريه الأشخاص بالمزاد العلني (لا قضائياً ولا إدارياً) فإنه لا يمنع من الشفعة. [1]

المسألة السادسة: البيع لجعل العقار محل عبادة

تنص المادة (939) / ج مدني مصري والمادة (1161) من المدني الأردني والمادة (2) فقرة(4) من قانون رقم (51) لسنة 1958 المتعلق بالأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة على عدم جواز الأخذ بالشفعة إذا كان العقار قد بيع ليجعل محلاً للعبادة أو ليلحق بمحل عبادة.

وقد عنى القانون بذلك "أن العقار يخرج من دائرة التعامل إذا قصد ببيعه أن يكون محلاً للعبادة أيا كانت تلك العبادة فلا يجوز فيه الشفعة إذا خصص لإقامة مسجد للمسلمين أو كنيسة للمسيحيين أو معبد لليهود وهذه الديانتان التي يعتبرها الإسلام باعتبار المعتنقين لها من غير المسلمين أهل الكتاب وذلك باعتبار أن الإسلام دين الدولة. إما دور العبادة للديانات التي لا يقرها الإسلام فأنها تخرج عن نطاق القيد ويجوز أخذها بالشفعة كمعابد البوذيين وغيرهم من أهل الشرك"[2].

ولا يسوغ القول هنا بأن النص المطلق يجري على إطلاقه وبالتالي تكون الشفعة غير جائزة إذا كان العقار قد بيع يجعل محلاً للعبادة دون تحديد تلك العبادة لأن هذا الأول يختلف مع دين الدولة وبالتالي في ذلك مخالفة للنظام العام مع قواعد الشريعة الإسلامية أو النظام العام.[3]

ويجب لعدم جواز الشفعة أن يخصص العقار للعبادة المتعارف عليها فيما ذلك إقامة الشعائر الدينية فلا يكفي أن يخصص لأعمال البر. فإذا تضمن العقد أن الغرض من البيع إقامة

---

[1] الشواربي، عبد الحميد، الشفعة والقسمة، المرجع السابق، ص 86.

[2] انظر البدراوي، عبد المنعم، حق الملكية، المرجع السابق، ص366.وسعد نبيل ، الشفعة علما وعملا ، المرجع السابق ص 52

[3]عباسي، جلال، **الخلاصة الجلية في أحكام الشفعة والأولوية**، الطبعة الأولى، عمان، المكتبة الوطنية، 1994، ص 37.

مستشفى خيري ومدرسة لتحفيظ القرآن الكريم فإن الشفعة تجوز حتى لو أضيفت لــذلك إقامــة مكان للصلاة ولا يعتبر البيع وارداً على محل عبادة.[1]

المسألة السابعة: لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة

أما عن هذا القيد فقد أنفرد به القانون المدني المصري في المادة (939) ولا يوجد مثــل هذا النص في القانون المدني الأردني أو القانون رقم 051) لسنة 1998 المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة مما يعني خلو التشريع الأردني من ذلك إلا أن كان ذلــك موجــوداً فــي قانون الأوقاف أو قانون الأراضي الموقوفة وخلا التشريع في فلسطين لعــدم وضــوح أحكــام الأخذ بالشفعة وتناثرها أصلاً في فلسطين لاختلاف التشريعات المطبقة فتارة تطبق المجلة وتارة قانون الأراضي العثماني رقم (42) لسنة 1852 وتارة قانون رقم (51) لســنة 1958 المعــدل للأحكام المتعلقة بالأموال الغير منقولة[2].

وهناك بعض القيود المتعلقة التي تمنع من الشفعة في القانون المصــري مثــل تجــاوز الشفعة للملكية والبيع لمؤسسة الإسكان في القانون الأردني.

المطلب الثاني: شروط المال المشفوع فيه

الفرع الأول: ان يكون المبيع عقاراً

عرف القانون المني المصري العقار في المادة 1/82 منه بأنه كل شيء مستقر بحيــزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغير هيئته فهو عقار وكل ما عدا ذلك فهو منقول.

ولا يختلف التعريفان إلا بالعبارة التي أضافها المدني الأردني في قوله " أو تغيير هيئته" فالعقار بطبيعته حسب التعريف السابق هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقلــه منــه دون تلف وفقاً للتعريف المصري لهذا العقار أو لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغير هيئته وفــق

---

[1] سعد، نبيل إبراهيم، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 109.

[2] .حسين، محمد عبد الظاهر، حق الملكية، المرجع السابق، ص264.

التعريف الأردني سواء كان هذا الاستقرار بفعل الطبيعة كالأرض أو بفعل الإنسان كالمباني والمغروسات[1].

إما بالنسبة للعقار بالتخصيص فهو منقول في أصله وبطبيعته وقد ورد تعريف العقار بالتخصيص في المادة 59 مدني أردني بقولها "يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار له رصيداً على خدمة هذا العقار واستغلاله".

فإذا بيع العقار طبيعة نشأ حق الأخذ بالشفعة متى توافرت شروطه وكذلك إذا بيع مع هو مرصود لخدمته، ولا تحدد صفة البيع كمنقول أو عقار حسب حالته الفعلية وقت البيع وإنما وفقاً لمحل العقد الذي اتفق عليه وفقاً لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين وبذلك فإن شراء أشجار لمزرعة بغرض قطعها والاستفادة من أخشابها هو بيع لمنقول أو كمن تعهد بشراء المبنى لغايات هدمه وتملك أنقاضه دون تملك الأرض القائم عليها بغير شراء لمنقول أيضاً ولا تجوز الشفعة في كلا المثالين[2].

وقد اتضح من خلال تعريف المدني المصري للشفعة بأنها لا تجوز إلا في العقار وفقاً لنص المادة 935 منه أما في المدني الأردني فقد نصت المادة 1156 على أنه "يشترط في البيع الذي تثبت فيه الشفعة إن يكون المبيع عقاراً مملوكاً أو منقولاً". فهل أجاز المشرع الأردني الشفعة في المنقول؟

للإجابة على ذلك وبدراسة متأنية للنصوص الواردة في هذا القانون فالمادة 1150 عرفت الشفعة بأنها "حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن النفقات".

يتضح من خلال التعريف أن الشفعة لا ترد إلا على عقار ومن خلال التدقيق في كل المواد المتعلقة بالشفعة في المدني الأردني سواء من حيث الشروط أو الآثار لا نجد ما يشير إلى

---

[1] القلاب، سليمان خليف، الشفعة في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص64.

[2] خطاب طلبه ومحمود ناصر الدين، الحقوق العينية الأصلية وحق الملكية، المرجع السابق، ص412.

إجازتها في المنقول سوى في نص المادة 1156 لذلك استقر الاجتهاد فقهـا وقضـاء علـى ان الشفعة لا تجوز إلا في العقار وان ما ورد في المادة السابقة إنما يعتبر سهواً لأن القـول بغيـر ذلك يعني ضمن مفهوم المخالفة لنص هذه المادة أن تملك المنقول بالشفعة لا يعد شراء وبالتالي لا يثبت فيه خيار الرؤية والعيب للشفيع فهل قصد المشرع ذلك ، ويؤيد ذلك ما ورد في تعريف القانون للشفعة على أنها حق تملك العقار المبيع كما ورد في بنص المادة 1150 مـن القـانون المدني الأردني " هي حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات "، الأمر الذي يقطع الشك باليقين باعتبار أن التعريف جامع مانع يوفي بالغرض المقصود .

وكذلك إن القول بجواز الشفعة في المنقول وفقاً لمفهوم المخالفة لهـذا الـنص أنـه إذا استحق المنقول بعد أخذه بالشفعة لا يجوز للشفيع أن يرجع بالثمن الذي أداه على من قبضه منه.

وكذلك نصت المادة 1167 أنه للشفيع أن ينقض جميع تصرفات المشتري حتى لو وقف العقار المشفوع أو جعله محلاً للعبادة ولا يسري في حقه أي رهن رسمي أو حق امتياز رتبـه المشتري على العقار المشفوع إن كان تم بعد إقامة الدعوى وتبقى للدائنين حقوقهم علـى ثمـن العقار فإذا سلمنا بشفعة المنقول يكون ليس من حق الشفيع نقض جميع تصرفات المشتري وفقـاً لهذا النص.

إلا أن القانون المدني المصري قد أفرز وسيلة للشريك في المنقول حق استرداد حصته التي يبيعها شريكه لأجنبي والذي نظمه المشرع المصري في المادة 833 بقولها "للشـريك فـي المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لاجنبى بطريق الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تـاريخ إعلانه به ، ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشترى ويحـل المسـترد محـل المشترى في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه ، وإذا تعـدد المسـتردون فلكل منهم إن يسترد بنسبة حصته ".

الفرع الثاني: عدم قابلية المشفوع فيه للتجزئة

من قواعد نظام الشفعة عدم جواز تجزئة الشفعة ويقصد بذلك أنه إذا أراد الشفيع الأخـذ بالشفعة فعليه أن يطلب أخذ العقار المبيع كله وليس له أن يأخذ جزءاً منه ويترك الباقي والحكمة في ذلك واضحة أن التجزئة تفريق للصفقة على المشتري وإضرار به والقاعدة أنه لا ضـرر ولا ضرار. وما دام الأمر كذلك فإن هذا المبدأ يفترض إننا بصدد صفقة واحدة ويجب إلا نفرقها على المشتري وبذلك إذا كنا بصدد عدة صفقات مختلفة فلا مجال لإثارة عدم جـواز التجزئـة ولتوضيح ذلك سنفرق بين ما إذا كان المبيع عقاراً واحداً أو أكثر.

المسألة الأولى: إذا كان المبيع عقاراً واحداً

إذا كان المبيع عقاراً واحداً وبيع لمشتر واحد بنفس العقد فإن الصـفقة تكـون واحـدة وبالتالي لا يجوز للشفيع ألا أخذ العقار كله أو تركه كله تفادياً للتجزئة، وكذلك إذا بيـع العقـار لعدة مشترين على الشيوع فلا يجوز للمشتري أن يطلب حصة أحدهم دون الباقين لأن الصـفقة واحدة ولا يجوز تفريقها، أما إذا بيع لعدة مشترين وكان قد حدد لكل منهم جـزءاً مفـرزاً مـن العقار في عقد البيع الذي أبرم إننا نكون أمام بيوع متعددة ويكون للشفيع إن يقصر طلبه الأخـذ بالشفعة على نصيب أحد الشركاء دون الآخرين[1].

المسالة الثانية: العقارات المبيعة منفصلة لكنها مخصصة لغرض واحد

قد تكون العقارات المبيعة منفصلة غير متلاصقة ولكن المشتري قد اشـتراها لتحقـق غرض معين لا يتحقق إلا بها جميعاً كأن يشتري قطعتي أرض ليقيم على واحدة مدرسة والثانية ملعب أو يبني على أحدهما مصنعاً ويزرع الثانية لتمده في المحصول. في هذه الأحوال لا يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة في أحد العقارين دون الآخر لأن في التجزئة ضرر على المشتري[2].

---

(1) سليم، محي الدين إبراهيم، الحقوق العينية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص183.

(2) هرجه، مصطفى مجدي، الشفعة، المرجع السابق، ص18.

ويلاحظ أن التزام الشفيع بأخذ العقارات المتعددة إذا كانت متصلة أو منفصلة ومخصصة لغرض واحد يفترض أن شروط الشفعة قد توافرت بالنسبة لهذه العقارات كلها. ولكن ما الحكم لو توافرت بالنسبة لبعضها دون البعض الآخر. اختلف الفقة في هذه المسألة فرأى جانب انه ليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة في أي منها فهو لا يستطيع[1] إن يأخذ بالشفعة في العقارات التي لو تتوافر فيه الشروط لهذا السبب كما أنه لا يستطيع أن يطلب الشفعة في العقارات المتوافرة الشروط فقط لأن في ذلك تجزئة وهذا لا يجوز ورأى فريق آخر أن للمشتري ان يجبر الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يأخذ في كل العقارات سواء ما توافرت فيه الشروط أم لا.

إلا أنه أخذ على هذا الرأي أن أخذ الشفيع بما توافرت فيه الشروط أمر مفهوم مبرر أما ما لم تتوافر فيه الشروط فكيف يتم ذلك وبأي مسوغ لذا استقر هذا الرأي على أن الشفيع مخير في هذه الحالة بين أن يأخذ كل العقارات أو يتركها كلها وأميل للرأي الأول كونه أكثر دقة وعدالة.

المسألة الثالثة: العقارات المبيعة منفصلة ولا يجمع بينها وحدة غرض

في هذه الحالة للشفيع أن يأخذ العقارات كلها بالشفعة ما دامت الشروط متوفرة بالنسبة لها كلها أو يستطيع أن يأخذ بعضها دون الآخر لأنه ليس في ذلك تفريق للصفقة فهي متفرقة من الأصل. أما إذا توافرات الشروط لبعض العقارات المبيعة دون البعض الآخر فإن الشفيع لن يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا ما توافرت بشأنها الشروط[2].

المطلب الثالث: شروط الشفيع

بالإضافة لتوافر الشروط التي تم بحثها في المطلب الخاص من البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة من أنه يشترط أن لا يكون الشفيع ممنوعاً من شراء العقار وكذلك أن لا يكون

---

[1] تنص المادة 1073 من مشروع القانون المدني الفلسطيني: الشفعة لا تقبل التجزئة فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار جبراً على المشتري إلا إذا تعدد المشترون واتحد البائع فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي.

[2] جبر، سعيد، **حق الملكية**، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، 2006، ص103.

الشفيع وقفاً وقد بينا ذلك بقي أن نشير إلى شرطين نبحثهما في مسألتين نفرد المسألة الأولى لتوافر سبب الشفعة وقت صدور البيع وفي المسألة الثانية بقاء السبب قائماً حتى تمام البيع.

الفرع الأول : توافر سبب الشفعة وقت صدور البيع

حتى يجوز للشفيع المطالبة بالشفعة يجب أن يكون سببها قائماً ومتوافراً فيه وذلك وقت صدور البيع المشفوع فيه ويترتب على ذلك أن الحق الذي يستند إليه الشفيع في طلبه للشفعة وقت إبرام البيع يجب أن يكون قائماً. ففي القانون المدني المصري يجب أن يتوافر سبب الشفعة سواء أكان ملكية مفرزة أو ملكية شائعة أو ملكية رقبة أو حق انتفاع أو حق حكر علماً بأنه في المدني الأردني لا تجوز الشفعة إلا في الأراضي الملك ووفقاً لتقسيم الأراضي فهي على خمسة أنواع، ملك، أميرية، موقوفة، متروكة، موات.

لقد نصت المادة (1) من قانون الأراضي الأردني رقم (49) لسنه (1953) على تقسيم الأراضي داخل المملكة الأردنية الهاشمية على أنواع خمسة وتم تعريف هذه الأنواع بعد صدور القرار رقم (11) الصادر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين بتاريخ 1953/9/29. وهي كما يلي:

1. الأراضي المملوكة: هي التي تعود رقبتها أي ذاتها إلى صاحبها وهي كافة الأراضي التي تقع داخل حدود البلديات.
2. الأراضي الأميرية: وهي التي تعود رقبتها أي ذاتها للخزينة والتي يجري تحويلها وتفويضها من قبل الحكومة.
3. الأراضي الموقوفة: وهي بعد وقفها وقفاً صحيحاً تصبح رقبتها وحقوق التصرف بها عائدة لجهة الوقف ووفقاً لشرط الواقف.

4. الأراضي المتروكة: وهي الأراضي التي لا تفلح ولا تزرع أي الأراضي الخالية والتي ليست لأحد ولم تخصص لأهالي القرى لبعدها عنها بحيث لا يسمع فيها ضجة الرجل الجهوري الصوت.

5. الأراضي الموات: وهي الأراضي التي ترك حق الانتفاع بها لعامة الناس أو لأهالي القرية وتكون عائدة للخزينة.

وان الشفعة لا تكون وفقا لأحكام المدني ومجلة الأحكام العدلية إلا في الأراضي المملوكة. كما نص قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة (58).

فإذا كان الشفيع قد كسب طلب الأخذ بالشفعة بالميراث فيجب أن تكون وفاة المورث قبل البيع، وإذا كان كسب هذا بسبب تصرف قانوني فيجب أن تكون وفاة المورث قبل البيع، وإذا كان كسب هذا بسبب تصرف قانوني فيجب أن يكون هذا التصرف القانوني مسجلاً قبل البيع وذلك بسبب أن الحق الذي يشفع الشفيع بموجبه يكون دائماً حقاً عينياً عقارياً فهذا الحق لا يثبت للشفيع إلا بالتسجيل ومن وقت التسجيل فإن كان العقد الذي تلقى به الشفيع هذا الحق غير مسجل قبل البيع فلا يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة[1].

وكان هناك رأي يذهب على أن نقل الملكية في عقد بيع العقار غير المسجل يكون معلقاً على شرط واقف هو التسجيل فإن تم التسجيل ارتد أثره إلى وقت إبرام العقد حيث يعتبر المشتري مالكاً هذا العقار وبناء عليه فإنه يجوز للشفيع الذي لم يسجل عقده أن يطلب الشفعة لأنه إذا سجل عقده بعد ذلك اعتبر مالكاً من وقت إبرام هذا لعقد إلا أن هذا الرأي رفضه جمهور الفقهاء كما استقر القضاء على أنه ليس للتسجيل أثر رجعي فلا يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة إذا كان عقده غير مسجل ولو قام بالتسجيل بعد ذلك وبهذا الخصوص قررت محكمة النقض المصرية في قرارها رقم 40/255/112 "أن الحكم الذي قضى برفض دعوى الشفعة

[1]باشا، محمد كامل مرسي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص312.

بناء على أن الشفيع لم يكن مالكاً للعين المشفوع بها يوم اشتراها بل من تـاريخ تسجيل عقد الشراء لا يكون مخالفاً للقانون في قضية الأثر الرجعي للتسجيل".

ولا يكفي أن يكون عقد الشفيع مسجلاً قبل تسجيل البيع المشفوع فيه بل يجب أن يكـون عقداً مسجلاً قبل انعقاد البيع، ذلك أنه يشترط لجواز طلب الشفعة أن يكون الشفيع مالكـاً للحـق الذي يشفع به وقت البيع ويجب أن يكون التسجيل قد تم قبل هذا الوقت ولا يشترط في المشتري المشفوع فيه أن يكون قد تملك الحق المشفوع فيه.

وبذلك يتبين أنه لا يلزم لجواز الشفعة أن يكون البناء تابعاً للأرض التي يقـوم عليهـا فيجوز لمن يملك البناء دون الأرض التي يقوم عليها أن يشفع في العقار المجاور، وبناء عليـه فإن المشتري الذي يبني على الأرض المبيعة قبل أن يسجل عقده يقوم به سبب الشفعة بصـفته جاراً مالكاً للبناء، رغم أن ملكية الأرض ما تزال للبائع بسبب عدم التسجيل، أما بـائع العقـار فيجوز له قبل تسجيل عقد البيع أن يطلب الشفعة بوصفه جاراً مالكاً للعقار لأنه يظل مالكاً رغم البيع إلى أن يتم التسجيل.

وفي صدد وقت ملكية الشفيع للعقار فقد قررت محكمة النقض المصرية بقولهـا" يجـب ثبوت ملكية الشفيع للعقار الذي يشفع به وقت قيام سبب الشفعة أي وقت انعقاد بيع العقار الـذي يشفع فيه، ولا عبرة بتاريخ تسجيل هذا البيع لأن حق الشفعة يتولد عن عقد البيع ولم لـم يكـن مسجلاً، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض دفاع المشتري المؤسس على أن الشفيع لم يكن مالكاً لم يشفع به وقت حصول البيع سبب الشفعة أقام قضاءه على أن عقد شـراء الشـفيع للأرض التي يشفع بها أسبق في التسجيل على تاريخ تسجيل عقد بيع الأطيان التي يشفع بها فإنه يكون قد خالف القانون. [1]

---

[1] نقض مدني مصري 54/12/624 ق، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، 1986، ص 321 عن عبـد التـواب معوض ، الشفعة والصورية ، ص 29

هذا بطبيعة الحال ما عليه الوضع في القانون المدني المصري، أما في القانون المـــدني الأردني فإن الشرط الأساسي للمطالبة بالشفعة أن يكون الشفيع مالكاً لحصصه وقت بيع العقـــار المشفوع، ويجب أن تكون ملكيته نهائية وأن تبقى كذلك حتى يتملك العقار المشفوع به قضاء أو رضاء فإذا زالت ملكيته قبل ذلك سقط حقه بالشفعة[1].

وهذا ما نصت عليه المادة 1157 مدني أردني بقولها يشترط في العقار المشفوع بـــه أن يكون مملوكاً للشفيع وقت شراء العقار المشفوع.

إلا أنه يجب أن نوضح أن أحكام الشفعة في المدني الأردني لا تنطبـــق علـــى الأبنيـــة المقامة والطبقات وإنما على الأراضي فقط والعبرة بملكيـــة الأرض إلا أن القـــانون المـــدني المصري اختلف بعد ذلك فانطبق الأمر فيه على الأراضي والأبنية، خاصة أنه لا يوجـــد فـــي مصر تشريع خاص بتمليك الطوابق والشقق كما هو الحال في الأردن وفلسطين.

الفرع الثاني: بقاء السبب قائماً حتى تمام البيع

لا يكفي لجواز الشفعة أن يتوافر للشفيع سبب وقت صدور البيع المشفوع فيه موضـــوع الشفعة، وبالإضافة لذلك يجب أن يبقى هذا السبب قائماً وموجوداً إلى أن يتم الأخذ بالشفعة قضاء بحكم يصدر لمصلحة الشفيع أو رضاء بتسليم المشتري بالشفعة وبعد ذلـــك لا يهـــم أن يـــزول السبب لأنه إذا حكم بالشفعة قضاء أو سلم بها المشتري رضاء يتملك الشفيع العقار المشفوع فيه.

واستناداً لذلك فإن الحق الذي يستند إليه الشفيع في طلب الشفعة يجب أن يبقى قائماً إلى وقت تمام الأخذ بالشفعة[2].

فإذا تصرف طالب الشفعة في الحق الذي يستند إليه في هذا الطلب تصرفاً ناقلاً للملكيـــة قبل تمام الأخذ بالشفعة سقط حقه فيها لزوال سببها، ومثال ذلك أن يطلب الشفعة بصفته جـــاراً

---

[1] العبيدي، علي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 88.

[2] الأهواني، حسام الدين، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص149.

مالكاً ثم تصرف أثناء نظر الدعوى في العقار الذي يشفع به تصرفاً ناقلاً للملكية كأن يبيعــه أو يهبه أو يوقفه فلا يجوز حينئذ الحكم له بالشفعة أما لو حكم بالشفعة أو سلم بها المشــتري قبــل وقوع القسمة فلا تؤثر على حق الشفيع بعد ذلك أن يختص بجزء مفرز من العقــار الشــائع لا يلاصق العقار المبيع.

وكذلك إذا طلب الشفعة جار مالك على الشيوع ثم وقعت القسمة قبل تمام الأخذ بالشفعة فاختص بجزء مفرز من العقار الشائع لا يلاصق العقار المبيع يسقط حقه بالشفعة لزوال السبب وهو الجوار.

أما لو حكم بالشفعة أو سلم بها المشتري قبل وقوع القسمة فلا تؤثر على حق الشفيع بعد ذلك أن يختص بجزء مفرز من العقار الشائع لا يلاصق العقار المبيع[1].

والمالك تحت شرط فاسخ تتوافر له الملكية ولكن زوالها يكون معلقاً على الشــرط فــإذا تحقق الشرط زالت الملكية واعتبرت كان لم تكن وإذا تخلف الشرط صارت الملكية باتة ومن ثم يجوز لهذا المالك أن يطلب الشفعة فان تحقق الشرط قبل الحكم بالشفعة أو تسليم المشتري بهــا سقط حقه فيها وإذا تحقق الشرط بعد تمام الأخذ بالشفعة فلا يكون لزوال ملكيته أثر على حقــه في الشفعة[2].

أما المالك تحت شرط واقف فلا تتوافر له الملكية ولكن وجودها يتعلق بتحقــق الشــرط فان تحقق وجدت الملكية وإذا تخلف الشرط فلا ملكيه، كما لا يجو له إذا تحقــق الشــرط بعــد صدور البيع فتوفرت له الملكية أن يطلب الشفعة على أساس انه بموجب الأثر الرجعي للشــرط يعتبر مالكاً وقت صدور البيع علماً بأن فكرة الأثر الرجعي لا تنطبق في الشفعة.

---

[1] كركبي مروان وسامي منصور، الحقوق العينية العقارية الأصلية، المرجع السابق، ص322.

[2] أبو جميل، وفاء حلمي، حق الملكية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص165.

وإذا استند الشفيع في ملكيته للعقار المشفوع به إلى عقد قابل للإبطال فان الملكية متوفرة له بموجب هذا العقد لان العقد القابل للإبطال يقع صحيحاً منتجاً لآثاره ما لـــم يحكـــم بإبطالـــه وبذلك يجوز له طلب الشفعة[1].

أما إذا استند طالب الشفعة في ملكيته للعقار المشفوع به إلى عقد باطل بطلانا مطلقاً فان الملكية لا تتوافر له بموجب هكذا عقد فلا تنتقل الملكية بموجبه ولو تم تسجيله، ولا يجوز له أن يطلب الشفعة بموجبه.

---

[1] الاهواني، حسام الدين كامل -**الحقوق العينية الأهلية** - منشورات جامعة عبن شمس 1999، ص 167.

الفصل الثاني

إجراءات الشفعة

المبحث الأول : الإنذار الرسمي وإعلان الرغبة

المبحث الثاني: إيداع الثمن وإقامة الدعوى

الفصل الثاني

إجراءات الشفعة

المبحث الأول

الإنذار الرسمي وإعلان الرغبة

المطلب الأول: الإنذار الرسمي

لقد أوجب المشرع المصري في المادة (940) من القانون المدني على من يريد الأخذ بالشفعة إعلان رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمس عشرة يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الموجه من أيهما إليه وإلا سقط الحق في الشفعة وذلك لأن هذا الإنذار هو الذي يتحقق به علم الشفيع بوقوع البيع فإن لم يقم المشتري أو البائع بإنذار الشفيع أو كان الإنذار باطلاً فإن المشرع قد وضع للمشتري طريقاً يطمئن من خلاله إلى سقوط حق الأخذ بالشفعة وذلك بانقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وبذلك افترض المشرع افتراضاً لا يقبل إثبات العكس إن الشفيع قد علم بالبيع أو سجله المشتري وحيث أن هذا العلم كان افتراضياً في القانون فقد أطال القانون المدة التي أوجب على الشفيع أن يطلب الشفعة خلالها وهي أربعة أشهر من وقت التسجيل فإذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في مواجهة البائع أو المشتري قبل أن تنقضي هذه المدة فقد حافظ على حقه من السقوط وعليه أن يكمل باقي الإجراءات التي سأبحثها في هذا الفصل[1].

لذا وحيث أن هذه الإجراءات افترض المشرع أنها تبدأ من تاريخ إخطار البائع أو المشتري للشفيع بوقوع البيع.

والإنذار وسيلة للبائع أو المشتري لحسم الموقف بالنسبة للشفيع ويقصد منه إثبات علم الشفيع بوقوع البيع علماً يقينياً لوضعه بالخيار بالمطالبة بالشفعة من عدمه وترقب الخطوات بعد ذلك أو قد يغفل عن إتباع إجراء أو عدم اتخاذه في الموعد المحدد[2].

---

(1) سعد ، نبيل إبراهيم ، **الشفعة علما وعملا** ، المرجع السابق ، ص 82.

(2) البدراوي، عبد المنعم، حق الملكية، المرجع السابق، ص391.

ويجب أن نلاحظ أن للشفيع أن يبادر بإعلان رغبته قبل الإنذار فلم يقصد المشرع من هذا الإجراء (الإنذار) تحديد بداية الأجل الذي يجوز للشفيع خلاله إعلان رغبته فيه وكذلك لم يوجب المشرع أيضاً هذا الإجراء وأن قصد بذلك بيان لزوم هذا الإنذار لسريان ميعاد الخمسة عشر يوماً التي قررها المشرع لسقوط حق الشفيع فيما إذا أنذره البائع أو المشتري بوقوع البيع.[1]

وان علم الشفيع بحصول البيع لا يعتبر ثابتاً في نظر المشرع المصري إلا من تاريخ الإنذار الرسمي الموجه للشفيع ولا يسري ميعاد الخمسة عشر يوماً المسقط لحق الشفيع إذا لم يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل انتهائه مما يعني أن الشفيع لا يلزم بإعلان رغبته إلا إذا قام البائع أو المشتري بإنذاره حتى وإن علم بهذا البيع قبل ذلك، وقد قضت محكمة النقض المصرية بذلك.[2]

و"الإنذار ورقة من أوراق المحضرين يسري عليها ما يسري على الأوراق القضائية من أحكام الصحة والبطلان ويترتب على الإنذار أن يقوم الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار وألا سقط حقه في الأخذ بالشفعة"[3] ولم يقصد المشرع أن يجعل من هذا الإنذار عرضاً ينعقد بموجبه عقد بين المشتري والشفيع وإنما أراد أن يحسم المنازعات التي تنشأ بشأن علم الشفيع بالبيع المثبت بالشفعة وأن يجعل من هذا التاريخ بداية لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، وقد نص المشرع المصري في المادة 940 على وجوب اشتمال الإنذار الرسمي على بيانات معينة تحت طائلة البطلان وهي:

---

[1] أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية، المرجع السابق، ص 258.

[2] إن علم الشفيع بحصول البيع لا يعتبر ثابتاً إلا من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري ولا يسري ميعاد الخمسة عشر يوماً الذي يسقط حق الشفيع إذا لم يعرض رغبته بالأخذ بالشفعة انقضائه إلا من تاريخ هذا الإنذار نقض مدني مصري في الطعن 264 س 49، ق تاريخ 1984/10/31، مجموعة الأحكام القضائية لمحكمة النقض، المكتب الفني، 1986، صفحة 412.

[3] سعد نبيل إبراهيم ، الشفعة علما وعملا ، المرجع السابق ص 85

1. بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً.

2. بيان الثمن والمصروفات الرسمية بشروط البيع واسم كل من البائع والمشـــتري ولقبـــه وصناعته وموطنه.

يتبين من خلال النص أن البيانات التي أوجب المشرع اشتمال الإنذار عليها تهدف إلـــى أن يعلم الشفيع علماً شاملاً بأركان البيع لكي يقدر مصلحته في طلب الشفعة ويتمكن من توجيـــه طلبه إلى من يجب أن يوجه إليه فيجب تعريف الشفيع بالعقار المبيع تعريفاً تنتفي معه الجهالـــة وهذه مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع تخضع لسلطته التقديرية وعلى الرغم من ذلك يجـــب أن يوضح في هذا الإنذار كل ما يتعلق بالعقار من حيث المســـاحة والحـــدود ورقـــم القطعـــة والحوض بحيث لا تنتابه الجهالة وهي على نوعين جهالة فاحشة وجهالة يسيرة والأولى توجـــب البطلان أما الثانية فيمكن استيضاح الأمر فيها ويعود تقدير ذلك لقاضي الموضوع.

"وكذلك أوجب المشرع اشتمال هذا الإنذار على اسم البائع والمشتري وموطنهما والثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع، واعتبر أن أي بيان لم يذكر في هذا الإنذار من البيانـــات المشترطة فإن الإنذار يكون بهذه الحالة باطلاً ولا يرتب أثراً"[1].

ويجب أن يوجه هذا الإنذار إلى الشفيع أو الشفعاء في حالة تعددهم على اختلاف طبقاتهم ولا يجوز الاكتفاء بإنذار شفعاء طبقة دون أخرى وذلك لاحتمال أنه لا يرغب أحد مـــنهم فـــي الأخذ بالشفعة مما يجعل المجال مفتوحاً أمام من هم أدنى منهم طبقة[2].

أما المشرع الأردني فلم يوجب مثل هذا الإنذار ولم يرد له ذكر في أي من مواد القانون المدني المتعلقة بأحكام الشفعة وكذلك لم يرد مثل هذا الأمر في مجلة الأحكام العدلية. إذ لا يلتزم

---

[1] الشواربي عبد الحميد، الشفعة والقسمة ،المرجع السابق ص 103

[2] سعد نبيل ابراهيم ، الشفعة علما وعملا ، المرجع السابق ص 87

البائع أو المشتري في التشريعين الأخيرين بشيء مما ورد بخصوص إنــذار الشــفيع بوقــوع البيع.[1]

---

[1] أما المشرع الفلسطيني فقد أورد ذلك في المواد 1075 و 1076 ضمن أحكام الشفعة في مشروع القانون المــدني فقــد نص في المادة 1075 على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمســة عشــر يوما من تاريخ الأخطار العدلي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا اسقط حقه في الشفعة، ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك.

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع: "تتعرض هذه المادة للإجراءات الواجب إتباعها للأخذ بالشــفعة، وهــي علــى النحو الآتي:

أولا: أخطار عدلي (رسمي) يوجه من البائع أو المشتري إلى الشفيع.

ثانيا: أن يعلن الشفيع رغبته بالشفعة خلال خمسة عشر يوما تبدأ من تاريخ الأخطار العدلي.

ثالثا: يزاد على الخمسة عشر يوما مدة أخرى وذلك اعتبارا للمسافة التي تفصل بين الشفيع والأرض التي يســتعمل حقــه بالشفعة من اجلها وهي تقدر بقدر الضرورة وتخضع إلى السلطة التقديرية للقاضي.

يتطابق حكم هذه المادة مع المادة 940 من القانون المدني المصري، و944 من القانون المدني الليبي، والمــادة 799 مــن القانون المدني الجزائري، علما بأن هذه المادة تجعل المدة ثلاثين يوما لا خمسة عشر يوما، والمادة 2/247 مــن قــانون الملكية العقارية اللبناني وهذه المادة تجعل المدة عشرة أيام بدلا من خمسة عشر يوما".

وكذلك في المادة 1076 التي نص على يشتمل الأخطار العدلي المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانــات الآتيــة وإلا كان باطلا:

أ. بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كاملا.

ب. بيان الثمن والنفقات وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه.

وتقول المذكرة الإيضاحية في ذلك إن الإخطار العدلي يعتبر أول الإجراءات التي يجب القيام بهــا مــن قبــل البــائع أو المشتري للعقار التي تحققت فيه شروط الشفعة، وهو أخطار رسمي يتولى إعلانه محضر، يوجه من البائع أو المشــتري، إلى الشفيع، وذلك بهدف أخطار الشفيع بوقوع البيع الذي يجوز الأخذ فيه بالشفعة حتى يتدبر الشفيع أمره سواء أكان ذلــك باستعمال حقه بالشفعة أم لا وفقا لقدراته المالية ورغبته كذلك في الشراء، وفي حال تعدد الشفعاء لا يكفي أخطار أحــدهم دون الآخرين، وإنما يجب أخطار كل واحد منهم على انفراد، وسواء أكان الشفعاء من طبقة واحدة أو من طبقات متعددة.

والأخطار يجب أن يتم بطريقة رسمية، فلا يكفي أن يكون مكتوبا أو شفويا، ولا يكفي أن يرسل في البريــد ســواء أكــان مسجلا أو بعلم الوصول.

ويجب أن يشمل الأخطار على بيان وافٍ عن العقار المبيع، موقعه، وحدوده ومساحته، وكل بيان متعلق به ويكــون مــن شأنه أن ينفي الجهالة به، كما يجب أن يشتمل الأخطار على الثمن الذي بيع به العقار، والمصروفات الرسمية وهي رسوم توثيق البيع إذا كتب بورقة رسمية ورسوم التسجيل إذا سجل، كما يجب أن يذكر في الأخطار اسم البائع والمشتري ولقــب كل منهما وصناعته وموطنه.

والشفيع يجوز له أن يعلن رغبته باستعمال حقه بالشفعة حتى قبل أن يصله الأخطار من قبل البائع أو المشتري=

يتطابق حكم هذه المادة مع المادة 941 من القانون المدني المصري، والمادة 800 من القانون المدني الجزائري، والمــادة 945 من القانون المدني الليبي، ويتوافق مع المادة 1138 من القانون المدني العراقي.

المطلب الثاني: إعلان الرغبة

إعلان الرغبة يجب أن يتم من جانب من يريد الأخذ بالشفعة يوجه من جانب الشـفيع، وإذا تعدد الشفعاء فيجب على كل منهم أن يعلن رغبته صراحة في الأخذ بالشفعة ولا يشترط أن يعلن كل شفيع عن رغبته بإنذار مستقل إذ يمكن أن يتضمن إعلان الرغبة جميع الشفعاء بشرط أن يبين كل شفيع رغبته الأخذ بالشفعة بصورة واضحة.

ويجب أن يوجه الشفيع إعلان الرغبة إلى كل من البائع والمشتري ويجـوز أن يكـون إعلان الرغبة في إنذار واحد يوجهه للبائع والمشتري، كما يجوز أن يعلن الشفيع رغبته لكـل منهما بإعلان مستقل، إلا أنه يجب في كل الأحوال أن يوجه الإنـذار بـإعلان الرغبـة للبـائع والمشتري ولا يجوز أن يوجه لأحدهما تحت طائلة سقوط الحق في الأخذ بالشفعة[1].

وفي حالة تعدد البائعين أو المشترين يجب على الشفيع إنذارهم جميعاً برغبته في طلـب الشفعة والحكمة من توجيه الإنذار بالرغبة إلى البائع والمشتري أن الشفيع يحل محل المشـتري ويجب أن يعلم الأخير بمن يرغب بأن يحل محله ويحصل على المال المشفوع به بـدلاً منـه، وكذلك يجب أن يعلم البائع من يرغب بأن يحل محل المشتري ويصبح طرفاً معـه فـي البيـع وبذلك فإن البائع والمشتري هما خصما الشفيع في دعوى الشفعة باعتبارهمـا أطـراف العقـد موضوع الأخذ بالشفعة. ويجب أن يتم إنذارهما خلال المدة القانونية وخلافاً لذلك سقط الحق في الشفعة.

ويجب أن يتضمن الإنذار بالرغبة في الأخذ بالشفعة رغبة الشفيع وطالما كانت إرادتـه واضحة في ذلك فلا يؤثر تمسك هذا الشفيع ببعض الدفوع كأن يبدي دفعاً مفاده بطلان العقد ولا يغير من الأمر شيئاً أن يبدي رغبته في الأخذ بالشفعة ويتمسك احتياطاً بالدفوع[2].

---

[1] سليم، محمد محي الدين، الحقوق العينية، الجزء الأول، المرجع، ص354.

[2] هرجه، مصطفى مجدي، الشفعة في ضوء أحدث الآراء، المرجع السابق، ص133.

وإبداء الرغبة يجب أن يكون رسمياً ولكن المشرع لم يشترط أن يكون بإنذار رسمي فقط وان كان هو الأصل إلا أنه يمكن أن يتم بوسيلة رسمية تقوم مقامه وبذلك يتحقق إعلان الرغبة في الشفعة رسمياً إذا قام الشفيع دعوى الشفعة مباشرة فلائحة الدعوى تتضمن إبداء الرغبة ويتم تبليغها لكل من البائع والمشتري إلا أنه في هذه الحالة يجب أن يتم تبليغ لائحة الدعوى خلال ميعاد إبداء الرغبة حتى تستوفي شروط الإنذار بإعلان الرغبة وتقوم مقامه.

ولا يوجب القانون الفصل بين إعلان الرغبة ودعوى الشفعة حيث أن ما اشترطه المشرع هو رسمية هذا الإعلان وتتحقق الرسمية إذا ما أبدى الشفيع رغبته من خلال لائحة الدعوى والحكمة من اشتراط الرسمية واضحة وهي إغلاق المجال أمام الخلافات والمنازعات حول صدوره أو موعده ذلك إن المشرع رتب آثاراً هامة على الإنذار بإعلان الرغبة وتبقى على ما عليه بحيث لا ينفذ في مواجهة الشفيع أي تعديل يطرأ على العقد باتفاق البائع والمشتري ذلك أن الأصل أنه يجوز للمتعاقدين تعديل العقد باتفاقهما ألا إن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة الذي يوجهه الشفيع يجعل من أي تعديل غير نافذ في حقه كأن يزيد المتعاقدان في الثمن أو زيادة التزامات المشتري بصورة معينة فالشفعة تكون في عقد البيع بحالته وشروطه لحظة الإعلان.

فالشفيع يطلب الشفعة في بيع محدد معلوم بالنسبة إليه وإذا كان البائع أو المشتري قد انذر الشفيع وأعلمه رسمياً بالبيع فلا يجوز لأي منهما إدخال أي تعدل على العقد من تاريخ الإنذار، فالإعلان يعتبر حجة على أطرافه الشخص الذي أرسله ومن سلم إليه منذ تمامه[1].

وعلينا أن نعلم وفقا لأحكام المادة 118 من قانون المرافعات المدنية المصري إن الإنذار بإعلان الرغبة هو ورقة من أوراق المحضرين (الأوراق القضائية) يسري عليه ما يسري على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان إلا أنه وفي الحالة الأخيرة (البطلان) لا يحكم به رغم النص عليه إذا ثبت تحقيق الغاية منه[2] فشكل الإعلان ليس إلا وسيلة لتحقيق الغاية منه والقانون عندما يستلزم شكلاً معيناً إنما يرمي إلى تحقيق غاية يحققها توافر الشكل أو

---

[1] عبد التواب، معوض، الشفعة الصورية، المرجع السابق، ص118.

[2] سعد نبيل إبراهيم ، الشفعة علما وعملا ،المرجع السابق ، ص 89 -90

البيان هذا من جهة ومن جهة أخرى فأنه يجوز لمن شرع البطلان لمصلحته أنـــه ينـــزل عنـــه صراحة. فإذا أنذر الشفيع البائع أو المشتري في مكان عمله واعتبر عنواناً لتبليغه مخالفاً القانون الذي يوجب التبليغ في الموطن فرد البائع على الشفيع بما يفيد تسلمه الإعلان ودخل في مناقشة موضوعه وتفاصيله دون التمسك أو التحفظ في شأن البطلان فأن ذلك يعني تحقق الغايـــة مـــن الإجراء ونزول من وجه إليه عن حقه في التمسك بالبطلان.[1]

وباعتبار الأخذ بالشفعة عملاً من أعمال التصرف ولا يعد من أعمال الإدارة وحيـــث أن الشفيع يحل محل المشتري فإن الشفعة في حكم الشراء لذلك يجب أن تتوافر في الشـــفيع أهليـــة التصرف وهي في القانون المدني المصري لمن بلغ(21) سنه.

أما عن ميعاد إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة فيختلف حسبما إذا كان الشفيع قد علم بالبيع ام لا فإن مدة إبداء الرغبة تكون خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليـــه البائع أو المشتري وان لم يكن يعلم بالبيع وكان البيع وارداً على عقار فإن مدة إبـــداء الرغبـــة تكون أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع، وإذا لم يعلم الشفيع بالبيع ولم يسجل البيع فـــإن المـــدة تكون خمسة عشر عاماً من تاريخ البيع عملاً بالقواعد العامة[2].

فقد نصت المادة (948) مدني مصري في الفقر الثانية على أنه إذا لـــم يعلـــن الشـــفيع رغبته في الأخذ بالشفعة خلال أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع فإنه يسقط حقه في الأخـــذ بالشفعة.[3]

---

[1] المادة (19) من قانون المرافعات المدنية المصري.

[2] خيال، محمود السيد، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص262.

[3] نص المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (1077) أن:

1. إعلان الرغبة في الأخذ بالشفع يجب أن يكون بإخطار عدلي وإلا كان باطلاً.
2. يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة وإن يودع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة وألا سقط حقه في الأخذ بالشفعة.
3. إذا علم الشفيع بالبيع دون الإخطار المنصوص عليه في المادة السابقة فعليه إن يقوم بـــإعلان الرغبـــة ورفـــع الدعوى وإيداع الثمن خلال المدة المذكورة محسوبة من تاريخ علمه.

لذلك فإن مضيّ مدة الأربعة أشهر من تاريخ التسجيل يؤدي إلى سقوط الحق في طلب الشفعة حتى ولو لم يعلم الشفيع فعلاً بالبيع وهذه المدة كما اجمع عليها الفقه والقضاء هي مدة سقوط وليست مدة تقادم لا تسري عليها أحكام الوقف والانقطاع في التقادم وتبدأ هذه المدة من اليوم التالي لتاريخ التسجيل وتنقضي بانقضاء اليوم المقابل لهذا التاريخ من الشهر الذي ينتهي فيه الميعاد دون الاعتداد بعدد الأيام في كل شهر.

ولا توجد صعوبة في سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا لم يكن البائع أو المشتري قد أنذره بوقوع البيع ويسقط حقه بمجرد مضي مدة أربعة أشهر من يوم التسجيل دون أن يبدي رغبته في الأخذ بالشفعة حتى وان لم تكن قد مرت مدة 15 يوم على الإنذار الرسمي بالبيع، فقد قصد المشرع بتحديده مدة السقوط التضييق من مجال الشفعة باعتبارها خلافاً للأصل، لذا فإن الحق في الأخذ بالشفعة يسقط بمضي أقرب الأجلين حيث أن هذه المدة متعلقة بالنظام العام وعلى المحكمة أن تقضي بالسقوط من تلقاء نفسها إذا انقضت المواعيد ولا يعتد بتنازل صاحب الحق في التمسك بالسقوط إن تنازل عنه.[1]

هذا بخصوص الإجراءات المتعلقة بالإنذار وإعلان الرغبة في القانون المدني المصري إلا أنّ مثل هذه الإجراءات لم يرد لها مثيل في القانون المدني الأردني، أو القانون المعدل للحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة(58).

وعلى الرغم مما سبق فقد ورد في المادة (1028) من مجلة الأحكام العدلية "يلزم في الشفعة ثلاث طلبات وهي طلب المواثبه وطلب التقرير والإشهاد وطلب التملك والخصومة"، لذا يقتضي بحث المواثبه والتقرير والإشهاد أما التملك فتبحثه في إقامة الدعوى.

وقد ورد في المادة (1026) من المجلة "يلزم الشفيع أن يقدم كلاماً يدل على طلب الشفعة في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع في الحال كقوله أنه شفيع المبيع أو أطلبه بالشفعة ويقال لهذا الطلب المواثبة".

---

[1] الصدة، عبد المنعم فرج، **الحقوق العينية الأصلية**، الطبعة الثانية، 1962، ص 474.

لذلك على الشفيع في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع وعلم بشخص المشتري والثمن أن يقول كلاماً يدل على طلب الشفعة لو لم يكن أحد عنده فوراً أي في ذلك الحين[1] حتى لا يسقط حقه ديانة وإذا أراد الشفيع أن يحلف اليمين يمكنه أن يحلف على أنه طلب الشفعة في الوقت الذي سمع فيه بعقد البيع ولا بد له أن يطلب ذلك بلسانه بمجرد سماع الشفيع بعقد البيع وتفاصيله يجب عليه طلب الشفعة، واختلف الفقه في حال أن الشفيع لم يطلب الشفعة لعدم تصديقه لخبر البيع إلا أن الرأي الراجح هو بطلان الشفعة إذا لم يطلبها، هذه هي المواثبة أما التقرير فقد نصت المادة (1030) من المجلة: يجب على الشفيع بعد طلب المواثبة إن يطلب التقرير وان يشهد بأن يقول في حضور رجلين عند العقار إن فلاناً اشترى هذا العقار أو عند المشتري أنت قد اشتريت العقار الفلاني أو هذا البائع فأن لم يجد وكيلاً أرسل كتاباً.

وإذا لم يشهد الشفيع أثناء طلب المواثبة يجب عليه أن يطلب التقرير والإشهاد وقت أماكنه وقدرته بلا تأخير حتى تستقر الشفعة وذلك عند المبيع أو عند البائع أو عند المشتري إما إن اشهد على ذلك ساعة المواثبة فإنه يقوم مقام التقرير.

ويجب عند طلب التقرير تسمية المبيع والإشهاد أي تحديده بالإشارة عليه ولا يشترط في التقرير والإشهاد أن ينعقد بنفس الألفاظ الواردة في المادة (1030) فكل لفظ يدل على أنه طلب للشفعة يصح الطلب فيه والإشهاد عليه.

وإن كان الشفيع بعيداً عن مكان العقد لا يستطيع طلب التقرير والإشهاد على هذا الوجه فله أن يوكل أحداً ليقوم مقامه وإن لم يجد وكيلاً فله إن يرسل كتاباً إلى المشتري أو إلى البائع أما إن لم يستطيع واستطاع أن يثبت ذلك فلا تسقط شفعته.

---

[1] حيدر علي، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، الجزء الثالث، ص 709.

أما إن أخر الشفيع طلب التقرير والإشهاد مدة يمكن من خلالها أن يقوم بهـــا لـــو قـــام بإرسال كتاب فإن حقه بالشفعة يسقط لأن تركه طلب التقرير أي التأكيد يدل على الاعتـــراض والشفعة تسقط بالاعتراض عملاً بأحكام المادة (1033). [1]

ألا إن هذه الإجراءات غير مطبقة وذلك بحكم إن القانون رقم (51) لسنة (58) المعـــدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة والذي لم يشترط هذه الإجراءات عملاً بإحكـــام المـــادة 2/و - "تقبل دعوى الشفعة دون التقيد بإجراء المواثبة والتقرير والإشهاد.

وبذلك فإن هذه الإجراءات غير مطبقة في كل من الأردن وفلسطين من الناحية العملية.

---

[1] حيدر،علي ، المرجع السابق، ص712.

المبحث الثاني

إيداع الثمن وإقامة الدعوى

المطلب الأول : إيداع الثمن

إذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة فإن عليه اللجوء للإجراء الثاني من إجراءاتها والمنصوص عليه في المادة 2/942 - مدني مصري بقولها: وخلال ثلاثين يوماً يجب أن يودع الشفيع خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى فإذا لم يتم في هذا الميعاد سقط حق الأخذ بالشفعة[1].

أما المدني الأردني فلم ينص على وجوب إيداع الثمن وإنما أعطى المحكمة أن تمهل الشفيع شهراً لدفع ما تطلب منه دفعة وإلا بطلت شفعته فقد ورد النص في المادة 2/1163 بقولها:

"وتفصل في كل نزاع يتعلق بالثمن الحقيقي للعقار المشفوع ولها أن تمهل الشفيع شهراً لدفع ما تطلب منه دفعة وألا بطلت شفعته".

أما القانون الأردني رقم (51) لسنة (58) المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة فقد ورد النص على ضرورة إيداع الثمن في المادة 1/2/ب بقولها:

على مدعي الشفعة أو الأولوية عند تقديم دعواه أن يودع في صندوق المحكمة الثمن المذكور في عقد البيع أو أن يقدم كفالة مصرفية بمقداره وفي حال الادعاء بأن الثمن المذكور في العقد يزيد على الثمن الحقيقي أو بدل المثل فعلى المحكمة تقدير المبلغ الواجب إيداعه أو تقديم الكفالة به على أن لا يؤثر ذلك في حقه في استرداد ما زاد عن الثمن الحقيقي او بدل الثمن المقدر.

---

[1] أبو جميل، وفاء، حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، المرجع السابق، ص194.

يتبين من خلال نص المادة 2/942 - مدني مصري أنه بعد إبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة يجب عليه إن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع وذلك خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته.

والإيداع يهدف إلى التأكد تماماً من قدرة الشفيع على الوفاء بالثمن وذلك حتى لا يفاجأ المشتري أو البائع بإعسار هذا الشفيع هذا من جهة ومن ناحية أخرى فإن الإيداع المسبق لكامل الثمن يعتبر مظهراً من مظاهر التضييق في الشفعة حتى لا يفتح الباب إلا أمام الشفيع المقتدر خلال فترة معينة من تاريخ إعلان الرغبة وبالتالي استبعاد من يحتاج لفترة من الوقت لتدبير المال اللازم هذا بالإضافة إلى إيداع الثمن وتجميده لحين الانتهاء من الفصل في دعوى الشفعة يؤدي للتأكد من جدية الشفيع وإصراره على الأخذ بالشفعة[1].

كما أن الشفيع ملتزم بأن يودع خزينة المحكمة كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع وذلك وفق نص المادة 2/942. والثمن الذي يجب على الشفيع إيداعه هو كل الثمن المتفق عليه في عقد البيع مؤجلاً أو مقسطاً، ذلك أن الشفيع لا يستفيد فيما يتعلق بالإيداع من الأجل الممنوح للمشتري، ويظل هذا الحكم قائماً حتى لو وافق البائع على استفادة الشفيع من التأجيل أو التقسيط ذلك إن إيداع الثمن شرط تطلبه القانون لقبول الدعوى وقد أكدت على ذلك محكمة النقض المصرية بقولها، لا يملك البائع إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون، لأنه فضلاً عن مخالفة الإعفاء لصريح النص فإن الشرط المذكور لم يتقرر لمصلحة البائع وحده وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق في الثمن المودع كله أو بعضه عندما يثبت الحق في الشفعة بحكم نهائي سواء كان صاحب الحق هو المشتري الذي عجل الثمن أو بعضه للبائع أم هو البائع الذي لم يستوف الثمن كله أو بعضه[2]ولا تعارض بين اشتراط القانون هذا الإيداع لقبول الدعوى وبين ما ورد في المادة 2/945 من القانون المدني من أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع وذلك أن هذا النص قد ورد بصدد بيان آثار الشفعة

[1] مدغمش، جمال، الشفعة والأولوية، المرجع السابق، ص44.

[2] سليم، محمد محي الدين -الحقوق العينية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص257.

أي بعد أن يثبت حق الشفيع في الشفعة رضاء أو قضاء ويصبح الثمن من حق البائع وحده فيكون له في هذه الحالة أن يمنح الشفيع الأجل الممنوح للمشتري للوفاء به: ولا يجوز تحويل البائع حق الإعفاء من شرط أوجبه القانون لقبول الدعوى. كما استقر عليه قضاء هذه المحكمة.[1]

والمقصود بالثمن الواجب الإيداع هو الثمن الحقيقي الذي تم به البيع فعلاً أي الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين[2] وليس حتماً إن يكون الثمن المذكور في العقد وقد قضت محكمة النقض بأن الثمن الواجب إيداعه هو الثمن الحقيقي الذي تم به البيع والمتفق عليه في العقد وليس ثمن المثل الذي يساوي قيمة العقار. إذ أن الشفيع يأخذ بالشفعة بالثمن الحقيقي حتى ولو كان يزيد على ثمن المثل، والأصل هو الاعتداد بالثمن الوارد في عقد البيع الابتدائي إذا ما اختلفت عن الثمن الوارد في عقد البيع المسجل.[3] ويعتبر الثمن المذكور في العقد هو الثمن الحقيقي إلا إذا استطاع الشفيع إثبات صوريته.

وإذا كان عدم إيداع الثمن يؤدي من حيث النتيجة إلى سقوط الحق في الأخذ بالشفعة فإن من مصلحة الشفيع الذي لا يرغب بذلك أن يقوم بإيداع الثمن المنصوص عليه في العقد وذلك حتى يتفادى أي مخاطرة يمكن أن تعرض حقه للسقوط، وهنا تثور إشكالية صورية الثمن فماذا لو كان الثمن المذكور في العقد صوري أو ظن الشفيع أنه صوري، فقد يتفق البائع والمشتري على ذكر ثمن صوري في العقد يختلف عن الثمن الحقيقي الذي بيع فيه العقار، وسواء كان الثمن الصوري أكبر من الثمن الحقيقي وذلك لإبعاد الشفيع عن الشفعة أو أقل من الثمن الحقيقي الذي يهدف المتعاقدان من خلاله للتخفيف من دفع رسوم التسجيل فما هو الثمن الذي يتوجب على الشفيع إيداعه. لذا علينا أن نفرق بين حالتين:

---

[1] نقض مدني مصري في الطعن رقم 18 لسنة 41 ق بتاريخ 76/1/29، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، ص 347.

[2] شنب محمد لبيب، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 195.

[3] كيره، حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية منشاة المعارف، 1980 ص 621.

الحالة الأولى: إذا كان الثمن الصوري أكبر من الثمن الحقيقي كما لــو كــان الــثمن الحقيقــي عشرون ألف دينار ولكن المتعاقدين ذكرا في العقد أنه ستون[1].

بداية يجوز للشفيع أن يودع المبلغ الأكبر (الصوري) وذلك حتى يتفادى أية مخاطر قــد يتعرض لها إذا ما لم يستطع إثبات الصورية ويجوز له أثناء سير الدعوى أن ينازع في حقيقــة الثمن مدعياً أنه صوري فإن استطاع إثبات ذلك استرد الفارق بين الثمنين الصوري والحقيقــي، أما إذا أخفق في إثبات صورية الثمن المذكور في العقد فإنه يكون قد تفادى المخاطرة في سقوط حقه في دعوى الشفعة لأنه يكون قد أودع بالفعل الثمن الحقيقي.وفي فرض آخــر هــل يجــوز للشفيع أن يودع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقي للبيع والذي هو أقل بالفرض من الــثمن الصــوري المعلن وما أثر ذلك على حقه في الشفعة. يجوز للشفيع إيداع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقي للبيــع بشرط أساسي وهو أن يستطيع إثبات صورية الثمن وذلك بأن يثبت أن الثمن الحقيقي للبيع هــو الثمن الذي أودعه فإذا استطاع ذلك فإنه يكون قد استوفى شرط الإيداع المطلوب، أمــا إن لــم يستطع إثبات ان ما أودعه هو الثمن الحقيقي سقط حقه في الشفعة، ذلك أنه لايجوز لــه تكملــة الثمن بأن يودع الفارق بين الثمن المودع والثمن المسمى في العقد لأن القانون اشــترط إيداعــه ابتداء لأن الثمن بكامله واجب الإيداع خلال فترة زمنية محددة وقد انقضت، لذا يسقط حقه فــي الأخذ بالشفعة حتى وإن كان قد تعهد عند الإيداع تكملة المبلغ إذا ظهر أن الثمن يزيد عليــه أو قام بتكملته أثناء نظر الدعوى[2].

الحالة الثانية: إذا كان الثمن الصوري أقل من الثمن الحقيقي كما لو كان الثمن الحقيقي ســتون ألف دينار إلا أن البائع والمشتري ذكرا أنه أربعون.

كما في الحالة السابقة يجوز للشفيع أن يودع الثمن الصوري الأقل وهو بهــذا الإيــداع يكون قد قام بما اشترطه القانون فلا يسقط حقه في طلب الشفعة حتى وإن تبين أن ما أودعه يقل

---

[1] سعد نبيل ابراهيم ، المرجع السابق ص 111

[2] القلاب، سليمان خليف، الشفعة، القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص84.

عن الثمن الحقيقي للبيع وذلك إعمالاً لمبدأ حسن نية الشفيع الذي لا يعلم في معظم الحالات بالثمن الحقيقي إلا انه وثق في ظاهر ما أعلنه الأطراف وهو الثمن الصوري[1].

وهنا يقع عبء إثبات الصورية على عاتق من يدعيه وهو المشتري فإذا لم يستطع إثبات ذلك كان الثمن المذكور في العقد هو الثمن الحقيقي للبيع الذي يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة بموجبه، وعلى ذلك استقر قضاء النقض، وقد أكدت محكمة النقض على ذلك بقولها: متى كان الثمن المسمى في عقد البيع المشفوع فيه صورياً وأقل من الثمن الحقيقي فإن للشفيع باعتباره من الغير في هذا العقد أن يأخذ بالعقد الظاهر ولا يلزم إلا بدفع الثمن المذكور فيه متى كان حسن النية بأن لا يكون عالماً بهذه الصورية وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة وعبء إثبات علمه بهذه الصورية يقع على عاتق من يدعيه وهو المشفوع ضده بأن يثبت مع صورية الثمن الظاهر علم الشفيع بحقيقة الثمن الذي تم به البيع فعلاً[2].

ولكن إذا كان الشفيع قد راعى ما تطلبه القانون، فهل يجوز للبائع أو المشتري أن يثبت الثمن الحقيقي ويطالب الشفيع بالفارق؟اختلف الفقهاء في الإجابة على ذلك فمن قال أن الشفيع يعد من الغير بالنسبة للعقد الصوري ذهب إلى انه يجوز ذلك كما يجوز لأي من الغير عملاً بالقواعد العامة للصورية أن يتمسك متى كان حسن النية بالعقد الصوري أو الحقيقي وإنه إذا تمسك بالعقد الصوري عومل بموجبه فلا يجوز الرجوع عليه بالفارق بين الثمنين[3].

ومن قال أنه لا يعد من الغير ذهب إلى أنه لا يسري في مواجهته إلا العقد الحقيقي فيلتزم بالثمن الوارد فيه لذلك يجوز الرجوع عليه ليلزمه بدفع الفارق بين الثمنين.

هذه حالات الصورية المفترضة وقد تعرفنا عليها ولكن ماذا لون لم يكن البيع مسجلاً ولم ينذر الشفيع وكان يجهل الثمن؟

---

[1] البدراوي، عبد المنعم، حق الملكية، المرجع السابق، ص396.

[2] نقض مدني مصري في الطعن رقم 5737/ بتاريخ 2000/1/13 مجلة القضاة العدد الأول،2001، ص276.

[3] سعد، نبيل ابراهيم، المرجع السابق، ص 113.

هذا الغرض يتحقق حينما يعلم الشفيع بواقعة البيع عن غير طريـق الإنـذار الرسـمي الموجه إليه من البائع أو المشتري أو عن غير طريق تسجيل العقد أي عندما يعلم الشفيع بـالبيع كواقعة علماً يقينياً لكنه يجهل الثمن الذي تم البيع به فأي ثمن يجب على الشفيع إيداعه.

لقد أجابت على ذلك محكمة النقض حينما قررت أنه يجوز للشفيع حسن النية الـذي لا يعلم بالثمن فعلاً أن يودع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقي للبيع على أن يكمله عندما يتحقق من الثمن الحقيقي، فيصح إيداعه، وقد أيد الفقه ذلك[1] لعدالته بشرط أن يكون الشفيع حسن النية وأن يكون المبلغ الذي أودعه يقارب أو يوازن الثمن الحقيقي للبيع وليس ثمناً هزلياً.

وحيث أن القانون قد اشترط إيداع الثمن الحقيقي للبيع فلا يلتـزم الشـفيع بـأن يـودع بالإضافة للثمن ملحقات هذا الثمن كمصاريف البيع ونفقات تحرير العقد ورسوم تصديق العقـد وتوثيقه والسمسرة وغير ذلك من المصروفات التي تحملها المشتري لأجل تمام البيع. وكذلك لا يلزم الشفيع بأن يودع ما قد يستحق للمشتري بسبب البناء أو الغراس، ذلك أن القانون قد اشترط إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع فقط وما سوى ذلك فإنه يعتبر من آثار الشفعة. ذلك أن عدم إيداع الشفيع لمقابل البناء أو الغراس لا يبنى عليه سقوط حقه في الشـفعة. وإن القـول بغير ذلك فيه إضافة لإجراء من الإجراءات لا يتطلبه القانون، الأمر الذي لا يجوز، كمـا أنـه إعمال لجزاء في غير نطاقه الذي حدده القانون[2].

أما القانون المدني الأردني كما هو واضح فلم يرد فيه نص على وجوب إيـداع الـثمن وإنما أعطى بموجب المادة 1163 المحكمة أن تمهل الشفيع شهراً لإيداع الثمن وهذا يتنافى مع التزامه بإيداع الثمن عند رفع الدعوى.

أما القضاء فقد ألزم الشفيع بإيداع الثمن واعتبر ذلك شرطاً لقبول الدعوى وثبت ذلك في اجتهاد محكمة التمييز الأردنية استناداً لأحكام القانون رقم (51) لسنة (58) الذي يوجب إيـداع الثمن وذلك عملاً بأحكام المادة 2/1448 - التي أوجبت مراعاة ما تقضي به القوانين الخاصة.

---

[1] حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص623.

[2] أنظر في ذلك البدراوي -حق الملكية، ص397 وأبو جميل وفاء، حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، ص197.

إلا أن هذا الأمر محل نظر، ذلك أن المادة الخامسة من القانون المدني الأردني نصــت على أنه لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يــنظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع.

والرأي في ذلك أنه طالما أن القانون الذي قد نظم أحكام الشفعة من جديــد فــإن هــذا التنظيم عملاً لأحكام المادة الخامسة سالفة الذكر يجعل من أحكام القانون (51) لسنة (58) ملغاة ضمناً.

إلا أن القضاء قد طبق ذلك واستند في أحكام الإيداع للقانون رقم (51) لسنة (58) رغبة منه في التضييق من نطاق الشفعة باعتبارها خلافاً للأصل.

إلا أن الإيداع المنصوص عليه في هذا القانون قد ألزم الشفيع بإيداع الثمن المسمى فــي العقد دون النفقات التي يمكن للمشتري المطالبة بها أثناء نظر الدعوى وكيفية الإيداع واضــحة من خلال النص، فإما أن يودع الثمن فعلاً خزانة المحكمة أو أن يقدم الشفيع كفالــة مصــرفية بذلك. وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية على ذلك في قرارها الذي ورد فيه: إن القانون رقم 51 لسنة 1958 في المادة 1/2 ب المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة لا يوجــب علــى مدعي الشفعة عند تقديم دعواه أن يودع في صندوق المحكمة سوى الثمن المذكور في عقد البيع أو أن يقدم كفالة مصرفية بمقداره، ولهذا فإنه لا يعد مكلفاً بأن يودع أو يقدم كفالة بالنفقات بقطع النظر عن أن المادة 1150 من القانون توجب الحكم عليه بالثمن والنفقات معاً[1].

أما بخصوص صورية الثمن فيختلف الأمر عما هو عليه في القانون المدني المصــري كما بينا، فالشفيع بموجب أحكام المدني الأردني ملزم بحكم النص بإيداع الثمن المسمى كاملاً ولا يجوز له أن يودع جزءاً منه على أساس أنه يطعن في صورية الثمن فهو يودع الثمن كاملاً ثم يسعى بعد ذلك لإثبات صورية الثمن وذلك تحت طائلة عدم قبول الدعوى، وقد أكدت على ذلــك محكمة التمييز بقولها:

---

[1] تمييز حقوق 81/38 مجلة نقابة المحامين سنة 81، ص1077..

"في حالة الادعاء بأن الثمن المذكور في عقد البيع يزيد عن الثمن الحقيقي فعلى المحكمة تقدير المبلغ الواجب إيداعه أو تقديم كفالة به، وبناء على ذلك فإذا لم تقم المحكمة بتقدير المبلـغ الواجب إيداعه بل إنها طلبت دفع الرسم في الدعوى على أساس المبلغ المسـمى بالعقـد وأودع المدعي أقل منه ابتداء فإن دعواه تصبح غير مقبولة ومستوجبة للرد وإن أتـم أثنـاء الـدعوى إضافة المبلغ حتى أصبح مساوياً للمبلغ المسمى بالعقد[1].

ولكن هل يستطيع المشتري أن يدعي أن الثمن المسمى في العقد هو أقـل مـن الـثمن المتفق عليه.

اختلف الفقه والقضاء في الإجابة على هذه الحالة، فقد منع القضاء ذلك بسبب أن تضمين العقد ثمناً يقل عن الثمن الحقيقي فيه تحايل على القانون وهو يهدف إلى تفادي دفع جـزء مـن الرسوم المستحقة ذلك أنه لا يقبل من المشتري أن يثبت ما تعمد إخفاءه رداً عليه قصده [2].

أما الفقه فذهب إلى جواز ذلك على أنه إذا كان المشتري قد ارتكب غشاً فإن هذا الغـش لم يوجه ضد الشفيع وإن حرمان المشتري من استرداد ما دفعه ينطوي على جزاء له بغير نص.

إلا أنني أميل لرأي القضاء ذلك أنه لا يقبل من أحد أن يثبت عكس ما أبداه تطبيقاً لقاعدة عدم جواز أن ينقض أحد ما تم من جانبه وإعمالاً لنص المادة 24 من المجلة من سعي في نقض ما تم من جانبه فسعيه مردود عليه[3].

---

[1] تمييز حقوق 89/264 بتاريخ 1989/3/22، مجلة نقابة المحامين لسنة 1990،ص 1212.

[2] العبيدي، علي، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص184.

[3] تمييز حقوق 86/86/475، مجلة نقابة المحامين سنة 1988، ص2075 والذي جاء فيـه " لا يـرد الطعـن بـالحكم القاضي بتمليك المدعي قطعة الأرض المباعة بالثمن المسمى بالعقد باعتباره جاراً ملاصقاً بعد أن أودع ذاك الـثمن فـي صندوق المحكمة بسبب أن الثمن المسمى بالعد أقل من الثمن الذي دفعه وذلك لأن العبرة في مقدار الـثمن هـو بالبيـان المدرج أمام مأمور تسجيل الأراضي من قبل المتبايعين أو وكلائهما ولا عبرة لأي بيان آخر كما لا يرد قوله بعدم علمـه بأن الثمن المسمى بعقد البيع أقل من الثمن الحقيقي أن تسجيل هذا الثمن قد جرى بحضور وكيله الذي ينازع بوكالة عنه"..

يتضح من خلال ما سبق أن الطعن بصورية الثمن المذكور في عقد البيع يقتصر على حالة زيادة الثمن عن الثمن الحقيقي دون العكس لأن الأصل هو عدم جواز الطعن بالصورية في التصرفات العقارية وذلك عملاً بإحكام المادة (5) من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم(49) لسنة 1953 إذ ورد فيها " لا تسمع دعاوي المواضعة والاسم المستعار في الملك وسائر الأموال غير المنقولة الموثقة بسندات تسجيل".

وقد أجاز القانون إثبات الصورية في حالة زيادة الثمن عن الثمن الحقيقي استثناء لمنع التحايل على القانون لأن في ذلك حرمان للشفيع من حقه في طلب الشفعة وقد أكدت محكمة التميز على هذه الحالة بقولها:

"من المتفق عليه أن ادعاء الشفيع بأن الثمن الحقيقي قد بولغ فيه في عقد البيع الرسمي لتعجيزه عن الأخذ بالشفعة يجوز إثباته بالبينة الشخصية إذا وجدت قرينه على صحة هذا الادعاء وهذا يعني أن ادعاء الشفيع على الوجه المذكور يجب أن يثبت بوسيلتين من وسائل الإثبات الأولى نوع من القرائن على أن الثمن في العقد هو غير حقيقي ومبالغ فيه والثابتة بينه شخصية على مقدار الثمن الحقيقي الذي ستره المتعاقدان ولا ينفع في ذلك إثبات ثمن المثل بالخبرة لأن الدعوى تتعلق بالشفعة لا بالأولوية".[1]

أما بخصوص مكان الإيداع فقد بدا واضحاً من نص المادة 942، مدني مصري أنه يجب على الشفيع أن يودع الثمن خزانة المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه حيث أنها هي المحكمة المختصة بنظر الدعوى فإن أودع الثمن خزانة محكمة أخرى فلا تقبل دعوى الشفعة.

وتطبيقاً لذلك قررت محكمة النقض المصرية بأن على الشفيع أن يودع خزينة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي. وهو بذلك إجراء من إجراءات الدعوى يتعين اتخاذه أمام المحكمة المختصة قانوناً بنظرها ولما كان ذلك وكان الحكم المطعون عليه قد التزم النظر

---

[1] تمييز حقوق 88/306 بتاريخ 88/5/29، مجلة نقابة المحامين، عمان، سنة 1990، ص 1415.

وقضي بسقوط حق الطاعن في الأخذ بالشفعة لإيداع الثمن الحقيقي خزينة المحكمة الجزئية الكائن في دائرتها العقار وهي غير مختصة بنظر الدعوى فإن النعي عليه بالخطأ يكون على غير أساس من القانون.[1]

أما عن مكان الإيداع في المدني الأردني فلم يرد به نص صريح إلا أن ذلك تحصيل حاصل من أن الإيداع يكون لدى المحكمة المختصة بنظر الدعوى خاصة وانه إجراء من إجراءات الدعوى ولا تصح إلا به.

أما بخصوص ميعاد الإيداع وعملاً بإحكام المادة 2/942 فإن هذا الإيداع مقيد بقيدين.

القيد الأول: وجوب أن يتم الإيداع خلال ثلاثين يوماً من تاريخ آخر إعلان للرغبة في الأخذ بالشفعة فإن تم إعلان الرغبة للبائع والمشتري وجب أن يتم الإيداع خلال ثلاثين يوماً من تاريخه وإذا تعدد الشفعاء أو البائعون والمشترون فمن تاريخ آخر إعلان للرغبة وهو قد يتم في مواعيد مختلفة أما خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي أو خلال أربعة أشهر من تاريخ تسجيل البيع في حالة عدم وجود إنذار.

وعلى ذلك فالعبرة في انتهاء هذا الميعاد الذي ينبغي الإيداع ضمن مدته ليس تاريخ إنهاء المدة التي ينبغي إعلان الرغبة خلالها في الشفعة وإنما بتاريخ تمام إعلان الرغبة فعلاً فإن هذا الأمر إعلان الرغبة، قبل انقضاء الموعد أي قبل انقضاء خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار أو انقضاء أربعة أشهر من تاريخ التسجيل. يبدأ ميعاد الثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان الفعلي للرغبة[2].

وهذه المدة كما بينت سابقاً مدة سقوط لا تقادم.

---

[1] نقض مدني مصري في الطعن 1473، لسنة 49 ق بتاريخ 1980/12/2، مجموعة أحكام محكمة النقض لسنة 81 ص 121. عن قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية (موقع الكتروني) www.arablegalportal.org/egyptvirdicts

[2] حسين، محمد عبد الظاهر، حق الملكية، المرجع السابق، ص288.

القيد الثاني: وجوب إيداع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة:

إن الميعاد المحدد لإقامة الدعوى هو ذاته الميعاد المحدد لإيداع الثمن يعني أنه يجب أن يتم الإجراءين خلال ذات المدة إلا إن المشرع أوجب أن يكون هناك ترتيب زمني بينهما أي أنه يجب إيداع الثمن أولاً ثم إقامة الدعوى لأن الإيداع شرط لقبول الدعوى فيجب أن يكون سابقاً عليها.

ولكن إذا كان المشرع قد تطلب أن يكون هناك تعاقب في الإجراءين إلا أنه لا يشترط أن يكون هناك فاصل زمني بينهما ويجب على محكمة الموضوع أن تتأكد من ذلك بمعنى أن إيداع الثمن سابق على إقامة الدعوى ويتضح ذلك من خلال تاريخ الإيداع ورقم القسيمة وتاريخ إقامة الدعوى ورقم إيصال دفع الرسوم.

فإذا لم تتأكد المحكمة من ذلك وجب الحكم بعدم قبول الدعوى لأنه يجب على الشفيع في هذه الحالة إن يثبت إن الإيداع الذي قام به مستوفياً لشروطه وكان قبل إقامة الدعوى فأن عجز عن إثبات ذلك كانت دعواه غير مقبولة قانوناً ومستوجبة للرد.

إما جزاء مخالفة أحكام الإيداع فقد كانت صارمة ذلك إن المشرع لم يكتفي بتقرير بطلان الإجراء الذي وقع مخالفاً للقانون وهو ما يسمح بإعادته بكل صحيح إذا سمحت المواعيد بذلك إلا أنه رتب على ذلك سقوط الحق في الأخذ بالشفعة وذلك عملاً بإحكام المادة 2/942 حينما نصت على إنه: إذا لم يتم الإيداع في الميعاد وعلى الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة[1].

وعلى ذلك فإن أي عدم انتظام يشوب عملية الإيداع يؤدي إلى سقوط الحق في الأخذ بالشفعة فإذا لم يودع الثمن أصلاً في الميعاد، أو لم يودع بكامله في الميعاد، أو أودع في غير خزينة المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه أو لم يودع قبل رفع الدعوى سقط الحق

---

[1] هرجة، مصطفى مجدي، **الشفعة في ضوء أحدث الآراء**، المرجع السابق، ص145.

في الأخذ بالشفعة[1]وهو سقوط نهائي يترتب عليه عدم استطاعة الشفيع قانوناً معاودة الإجراءات من جديد وقد اعتبر القضاء هذا السقوط من النظام العام لذا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به أحد الخصوم بل لو تنازلوا عن التمسك به بل ويجوز للنقض إثارته إذا كان واقعاً ضمن ما رفع عنه الطعن بالنقض وتوافرت عناصره لدى محكمة الموضوع.

المطلب الثاني: إقامة الدعوى

إقامة الدعوى للمطالبة بالشفعة هي الإجراء الثالث بعد إعلان الرغبة وإيداع الثمن وحيث أن إقامة الدعوى تتطلب بحثها في أكثر من جانب وفي مواضيع متعددة اقتضت طبيعة هذا المطلب تقسيمه إلى أكثر من فرع لذا سنبحث هذا المطلب في فروع أربعة على التوالي.

الفرع الأول: توافر الصفة والأهلية

المسالة الأولى: توافر الأهلية

إذا توافر في الشفيع أحد أسباب الشفعة عند وقوع البيع وقام بإعلان رغبته في طلب الشفعة للبائع أو المشتري وأودع الثمن خزينة المحكمة فإن ما بقي من إجراءات في ذلك هو رفع الدعوى وقيدها في سجل قلم المحكمة.

إلا أن لذلك شروط منها توافر الأهلية في الشفيع فإن توافرت كانت إقامة الدعوى صحيحة أما إن كان ناقص الأهلية فكيف يتم ذلك؟

ناقص الأهلية هو الصغير الذي بلغ السابعة من عمره ولم يبلغ الحادية والعشرين هذا وفقاً للمدني المصري أما وفقاً لقواعد المجلة والمدني الأردني فناقص الأهلية أيضاً هو من بلغ السابعة ولم يبلغ الثامنة عشرة من عمره.

وينوب عنه وليه أو وصيه وأيضاً السفيه وذو الغفلة وتعين المحكمة لهما قيماً.

---

[1] الأهواني، حسام الدين، **الحقوق العينية الأصلية -** أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص198.

إلا أن اكتمال الأهلية ليس شرطاً لقبول دعوى الشفعة وإنما هو شرط لمباشرتها فيجـوز لناقص الأهلية إن يقيم الدعوى بواسطة وليه أو الوصي عليه أو قيمه وفي حالة مخالفـة ذلـك يكون الإجراء مشوباً بالبطلان ولا يترتب عليه انعقاد الخصومة [1].

وإن كانت الدعوى قد رفعت من كامل الأهلية ثم اعتراه سبب حوله فاقدا الأهليـة فـإن ذلك يؤدي لانقطاع السير في الخصومة دون أن ينال هذا الانقطاع من الإجراءات التـي تمـت صحيحة قبل تحقق السبب. فإن كان الشفيع قد أعلن رغبته فـي الشـفعة وأودع الـثمن ورفـع الدعوى وكانت إجراءاته صحيحة في ذاتها ثم حجر عليه لسفه أو غفلة أدى ذلك لانقطاع السير بالخصومة وتبقى الإجراءات صحيحة في ذاتها.

أما إذا أقام ناقص الأهلية الدعوى وقبل الحكم فيها اكتملت أهليته فلا وجود للبطلان في إجراءات الخصومة وقد أكدت على ذلك محكمة النقض بقولها:

ولما كان النزاع المتعلق بأهلية أحد الخصوم يدور حول صحة أو بطـلان الإجـراءات التي اتخذت بالنسبة للشفيع ولا علاقة لها بصفته ذلك إن الصفة تتوافر بوجود علاقة بين ناقص الأهلية وبين الحق في الشفعة المراد اقتضاؤه من خلال الدعوى بحيث إذا توافرت تلك العلاقـة بتوافر شروط دعوى الشفعة توافرت صفة ناقص الأهلية. ولما كان الدفع بـبطلان الإجـراءات لنقص الأهلية من الدفوع الشكلية فأنه يتعين على المشفوع ضده أن يتمسك به قبـل التعـرض للموضوع وإلا سقط الحق فيه.[2]

وإذا قضي ببطلان الإجراءات التي اتخذها الشفيع ناقص الأهلية امتد هذا البطلان علـى كل الإجراءات فإذا وجه البائع أو المشتري إنذاراً لناقص الأهلية كان باطلاً ويتبين مـن خـلال ذلك أنه يجوز لمن ينوب عن ناقص الأهلية إن يعلن رغبته ويودع الثمن ويقيم الدعوى بصـفته نائباً عنه.

---

[1] عبد التواب، معوض، **الشفعة والصورية**، المرجع السابق، ص118.

[2] نقض مدني مصري في الطعن 1107 س55 بتاريخ 1988/4/6، مجموعة أحكام النقض لسنة1989، المكتب الفنـي، ص 391. عـن قاعـدة التشـريعات والاجتهـادات المصـرية (موقـع الكترونـي) www.arablegalportal.org/egyptvirdicts

وهذا ما عليه الوضع في القانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدليـة يجـوز فيهـا لناقص الأهلية إن يقيم الدعوى للمطالبة بالشفعة بواسطة وليه أو وصية أو القيم عليه أمـا فـي حالة أن أقام ناقص الأهلية الدعوى وباشرها بنفسه فإن ذلك لا يجوز فقد نصت المادة 1035 من المجلة على أنه، "يطلب شفعة الصغير وشفعة المحجور وليه أيضاً.

وبذلك يجب أن تتوافر لدى الشفيع أهلية التصرف وهو يعتبر كذلك إذا أتم الثامنة عشرة من عمره ولم يكن محجوراً عليه أو قاصراً فإن كان كذلك لوليه أن يطالب بالشفعة نيابة عنه إما أن كان هناك وصي شرعي فلا يستطيع الوصي أن يشفع ألا إذا حصل على إذن من المحكمـة المختصة وهي المحكمة الشرعية. [1]

المسألة الثانية: توافر الصفة

حتى تتوافر صفة الشفيع يجب أن يتوافر أحد أسباب الشفعة وأن يبقى هذا السبب قائماً إلى تمام الأخذ بالشفعة وقد تم بحث هذه الأسباب في المطلب الأول من الفصل الأول لذا فـإنني أحيل إليها دونما حاجة للتكرار ص 24-25، إلا هناك مسألة أخرى في صفة الشفيع وهي موت الشفيع سواء قبل إعلان الرغبة في المدني المصري أو قبل إقامة الدعوى في المدني الأردنـي وأحكام المجلة، أي بمعنى آخر هل يورث الحق في الأخذ بالشفعة؟

اختلف الفقه والقضاء في هذه المسألة ففي الفقه الإسلامي ذهب الإمام الشافعي والإمـام مالك إلى أن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة يورث عنه لأنه حق معتبر شرعاً والـوارث خليفـة المورث فيما كان له من حقوق وقال الإمام أحمد بن حنبل أن الحق في الشفعة يورث إذا طلب، ذلك أن الحق يتقرر بالطلب، أما إذا مات الشفيع قبل طلبه فلا يورث[2]، ورأى أبو حنيفة رحمه الله أن الحق في الشفعة لا يورث سواء أكان موت الشفيع قبل طلبه أو بعده، لأنه مجـرد إرادة

---

[1] مدغمش، جمال، **الشفعة والأولوية في قرارات التمييز الأردنية**، المكتبة الوطنية 1994، ص 30.

[2] عباسي، جلال، **الخلاصة الجلية في أحكام الشفعة والأولوية**، المكتبة الوطنية، 1994، ص36.

ومشيئة والإرادة لا تورث ولا تثبت الشفعة للوارث استقلالاً لأنه لم يكن مالكاً للعقار المطلـــوب تملكه بالشفعة وقت صدور البيع.

وعلى ذلك نصت المادة (140) من مرشد الحيران بقولها: تبطل الشفعة بموت الشـــفيع قبل تملكه العقار بالقضاء أو الرضاء سواء كان موته قبل الطلب أو بعده ولا ينتقل حقه فيها إلى ورثته.

وجاءت بذات الحكم المادة (1038) من مجلة الأحكام العدلية بقولها أن حق الشـــفعة لا ينتقل إلى الورثة وذلك أن جل أحكام المجلة مستوحاة من الفقه الحنفي الذي يعتبـــر أن الشـــفعة مشيئة وخيار وان المشيئة أمر شخصي لا يورث

أما المادة (1158) من القانون المدني الأردني فقد قررت أنه إذا ثبتت الشفعة فلا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفيع، وبذلك يكون المشرع الأردني قد أخذ بانتقال الشفعة للورثة إلا أن كلمة "ثبوت" الواردة في المادة غير واضحة، فما المقصود منها وقد يموت الشفيع قبـــل طلب الشفعة مع استحقاقه لها، وقد يموت بعد طلبها أو بعد تمام الملك فينتقل العقار إلى الورثـــة بعد تمام الملك لأنه جزء من التركة، فلو مات الشفيع قبل توافر شروط الشفعة فـــإن الشـــفعة لا تنتقل كما لو مات قبل تمام البيع، أما بعد ذلك فإنه يحق للورثة المطالبة بها[1].

أما في الفقه المصري فاختلف الرأي في هذه المسألة بينه وبين القضاء، فقد ظهـــر فـــي القضاء رأيان الأول يقول بسقوط حق الشفيع إذا مات قبل أن يتملك العقار المشفوع فيه قضاء أو رضاء، أما الرأي الثاني فيذهب إلى أن هذا الحق ينتقل بالميراث[2].

وعرض الأمر على محكمة الاستئناف التي قضت بسقوط الشفعة إذا مات الشفيع قبل ان يتملك العقار المشفوع فيه رضاءً أو قضاءً وذلك استناداً لرأي الإمام أبي حنيفة الذي يعتبـــر أن الشفعة رأي ومشيئة ولا يمكن أن تورث ولأن من شروط الشفعة أن يكون الشفيع مالكاً لما يشفع

---

[1] حجاوي، بسام، **المبادىء القانونية المتعلقة بالأموال غير المنقولة**، مطبعة حجاوي، نابلس، 2003، ص121.

[2] عفيف، شمس الدين، **المصنف في الاجتهاد العقاري** 1984، بدون دار نشر، ص521.

به من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة فإن مات زال ملكه وسقطت شفعته بزوال السبب ولا تنتقل إلى الورثة لأن الوارث يملك بالميراث من وقت الوفاة وهي حادثة بعد البيع، إلا أن محكمة النقض رفضت هذا الرأي وقضت بأن خيار الشفعة ينتقل إلى الورثة نزولاً عند رأي جمهور الفقهاء وذلك على اعتبار أنه مال والمال يورث وليس حقاً متصلاً بشخص الشفيع، وذلك باعتبار أن ما يتفق مع مبادئ القانون خصوصاً وأن الشريعة هي مصدر من مصادر التشريع، وهذا المصدر لا يوجب التقيد بآراء الفقهاء.

أما القانون المدني المصري فلم يرد فيه نص صريح بخصوص ذلك وترك الأمر لاجتهاد القضاء واستقر الأمر أنه إذا توفي الشفيع قبل قيام سبب الشفعة وهو بيع العقار فلا تكون رخصة الشفعة قد نشأت وبالتالي لا محل للكلام عن انتقالها إلى الورثة ولكن يكون للورثة حقهم المستقل في الأخذ بالشفعة إذا بيع العقار وتوافرت فيهم شروط الشفعة وكذلك الأمر إذا مات الشفيع بعد تمام الأخذ بالشفعة فلا أثر لوفاته على حقه في العقار الذي أخذه بالشفعة إذ يكون بذلك عنصراً في تركته وينتقل بهذه الصفة للورثة لكن الخلاف يثور حول الفرض الذي يموت فيه الشفيع ما بين بيع العقار المشفوع فيه وقبل تمام الأخذ بالشفعة[1].

ذهب رأي من الفقه الحنفي ووفقا لأحكام المجلة والمطبقة في فلسطين أن الشفعة رخصة تنقضي في هذه الحالة ولا تنتقل للورثة لأن ما ينتقل إلى الورثة هي الحقوق والشفعة ليست حقاً وإنما رخصة والرخص لا تورث وفقا لنص المادة 140 من مرشد الحيران .

ثم إنه إذا توفي الشفيع قبل تمام الأخذ بالشفعة يكون شرط بقاء الشفيع مالكاً من وقت البيع حتى تمام الأخذ بالشفعة متخلفاً، فالمورث وإن كان مالكاً وقت البيع إلا انه لم يستمر مالكاً إلى وقت تمام الأخذ بالشفعة والورثة لم يكونوا مالكين وقت البيع[2].

---

(1) شنب، محمد لبيب، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية**، المرجع السابق، ص121.

(2) البدراوي، عبد المنعم، **حق الملكية**، المرجع السابق، ص369.

وذهب شراح القانون المدني المصري ومنهم المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى أن رخصة الشفعة تنتقل إلى الورثة ولهم إذا أرادوا الأخذ بالشفعة أن يعلنوا رغبتهم في ذلك إلى البائع والمشتري ويودعوا الثمن ويرفعوا الدعوى أي يتخذون كافة الإجراءات طبقاً للأحكام المنصوص عليها، وإذا كان المورث قد باشر بعض هذه الإجراءات فلهم الاستمرار فيها حتى يتم الأخذ بالشفعة ويستند هذا الرأي إلى أن الشفعة وإن كانت رخصة إلا أنها بحكم طبيعتها تلازم العقار المشفوع فتنتقل معه إلى الوارث، أي أن لها جانباً مالياً ولا ترتبط بشخص المورث.

وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض المصرية وأقرت انتقال رخصة الشفعة إلى الورثة وذلك بقضاء مستمر.

الفرع الثاني: الخصومة في دعوى الشفعة

إذا أبرم عقد البيع وكان مما تجوز فيه الشفعة أوجب القانون على البائع أو المشتري إنذار كل من يثبت له الحق في أخذ العقار المبيع، وقد أوجب القانون أن يتضمن الإنذار اسم البائع والمشتري وإن تعددوا، فإذا أراد الشفيع الأخذ بالشفعة وحدد موقفه وفقاً لمعطيات الإنذار عليه ان يعلن رغبته للبائع والمشتري ثم بعد ذلك يقوم بإيداع الثمن وإقامة الدعوى مختصماً كل من تضمنه الإنذار، وذلك عملاً بإحكام المادة 943 من القانون المدني المصري والتي تفيد بأنه ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري ومناط النص أن القانون قد حدد من هم الخصوم في الدعوى إذا انعقدت الخصومة بين الشفيع مدعياً والبائع والمشتري مدعى عليهما في جميع درجات التقاضي إذ جعل اختصام هؤلاء الأطراف شرطاً لقبول الدعوى استناداً لأحكام المادة 943 التي تنص على أنه "ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار وتقيد بالجدول ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة، وهو إعلان الرغبة الذي عيناه سابقاً وإلا سقط الحق فيها..."

ويوجب القانون على الشفيع عند اتخاذه إجراءات الشفعة الإعلان، الإيداع، إقامة الدعوى - أن يتحقق مما قد يطرأ من تغيير على الأطراف في عقد البيع الذي تضمنهم الإنذار المرسل للشفيع لتكون إجراءاته صحيحة فيما لو تبدلت الصفة أو تغيرت الحالة المدنية كان يتوفى البائع بعد إعلان الرغبة مثلاً وقبل أن يودع الشفيع الثمن ويقيم الدعوى فيتوجب عليه في هذه الحالة أن يضمن عنصر الإيداع ورثة البائع وكذلك الأمر بالنسبة للدعوى. [1]

وبخصوص الأهلية لأحد أطراف عقد البيع فإذا كان أحد الأطراف ناقص الأهلية ونظم العقد ممثله القانوني ثم طرأ إن اكتملت أهلية الأصل قبل اتخاذ الإجراءات يجب على الشفيع أن يختصم الأصيل الذي اكتملت أهليته، فإن لم يفعل ذلك تكون دعواه مقامه على غير ذي صفة.

أما إذا أقيمت الدعوى على ولي القاصر وأثناء نظر الدعوى بلغ القاصر سن الرشد تكون الإجراءات سليمة عند ذلك.

وبما إن الإنذار الرسمي هو مناط علم الشفيع بالبائع والمشتري الحقيقيين بحيث إذا قام احدهما بإنذار الشفيع يجب أن يعلن رغبته لكل منهما

فإن لم يقم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع يجوز للشفيع أن يعلن رغبته إلى البائع والمشتري الصوري وكان الشفيع قد وجه الإجراءات إليها دون البائع والمشتري الحقيقي فإن ذلك لا يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة ذلك لأنه يعد من الغير وعليه يحق له التمسك بالعقد الظاهر ولكن عليه أن يختصم البائع أو المشتري الحقيقي بطريق إدخالهم في الدعوى متى تحقق علمه.

وبناءً على ذلك قررت محكمة النقض المصرية بهذا الخصوص أنه: "حيث يعتبر الشفيع من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة فلا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر.

---

[1] جبر سعيد، **حق الملكية**، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، الطبعة الأولى، ص 157.

بقي إن أشير إلى أنه لا يجوز لدائني الشفيع إقامة الدعوى عن طريق الدعوى غير المباشرة كون الشفعة متعلقة بشخص الشفيع وبذلك يتبين أن القانون المدني المصري قد أوجب على الشفيع اختصام البائع والمشتري معاً ولا مجال للقول بأن البائع لا يعد خصماً حقيقياً في الدعوى ويترتب على عدم اختصامه بالدعوى سقوط الخصومة وسقوط الحق في الأخذ بالشفعة حيث أنه لا مسوّغ للاجتهاد في مورد النص.[1]

أما القانون المدني الأردني فقد أورد النص على الخصوم في دعوى الشفعة في المادة 1/1163 بقولها: ترفع دعوى الشفعة على المشتري لدى المحكمة المختصة. وبذلك يكون قد خالف المشرع المصري ذلك أن دعوى الشفعة في المدني الأردني لا تقام إلا بعد شطب اسم البائع من قيد التسجيل فمن الطبيعي أن تقام الدعوى على المشتري وقد علّلت محكمة النقض المصرية العلة من وجوب اختصام البائع في هذه الدعوى بقولها: "الشفعة في نظر القانون هي تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع فتزول صلة البائع والمشتري فيما لكل منها من الحقوق على الآخر بموجب هذا البيع لتكون الصلة في تلك الحقوق بالشفيع فهي عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقي ضروري فيها حتى يمكن حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم الثلاثة بعضهم على بعض ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعاً".[2]

إلا أننا وبالرجوع لمصدر هذا الخلاف وحيث أن الشفعة مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي وبالعودة لأحكام مجلة الأحكام العدلية لا نجد فيها نصاً صريحاً بخصوص دعوى الشفعة وإنما نص عام مطلق في الدعاوي العينية وهو ما ورد في المادة (1635) بقولها: الدعاوي العينية تقام على ذي اليد أي من يكون العقار في حيازته وتحت يده وهو الرأي الذي أميل إليه. لأن الأمر متعلق بالحالة التي يكون عليها العقار فإذا كان تحت يد المشتري فما هي

---

[1] نقض مدني مصري رقم 22 س 62 ق بتاريخ 1996/10/18، معوض عبد التواب، **الشفعة الصورية**، المرجع السابق، ص88.

[2] نقض مدني مصري رقم 271 س 49 ق بتاريخ 1983/11/2، معوض عبد التواب، **الشفعة الصورية**، المرجع السابق، ص 79.

الغاية من اختصام البائع سيما وأن الدعوى لا تقام إلا بعد شطب اسم البائع من قيد التسجيل هذا من جهة ومن جهة أخرى إذا شطب اسم البائع وتملكها المشتري ثم كانت تحت يد البائع فعلياً وفقاً للقانون المدني الأردني لا يستطيع الشفيع مقاضاة البائع[1].

وحسماً للخلاف وبالعودة لأحكام المادة (95) من مرشد الحيران وهو المصدر التاريخي للشفعة المستمدة من الفقه الإسلامي كانت قد عرفت الشفعة بأنها " تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري.

وورد في المادة (122) منه أن الخصم للشفيع كل من المشتري والبائع قبل تسليم المبيع للمشتري أما بعد تسليمه فالخصم هو المشتري فقط" الأمر الذي يبدو منطقياً للغاية. [2]

وقد أكدت على ذلك محكمة النقض الفلسطينية في قرارها في الطعن رقم 2003/11/28 بتاريخ 2003/9/20. [3]

الفرع الثالث: ميعاد رفع الدعوى

تقام دعوى الشفعة وفقاً لأحكام القانون المدني المصري وعملاً بإحكام المادة 943 في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة حيث يوجه إعلان الرغبة كما تبين سابقاً إلى كل من البائع والمشتري، وعليه يبدأ سريان هذه المدة اعتباراً من تاريخ تبلغهما إعلان الرغبة، فإن تبلغ احدهما قبل الآخر فالعبرة بتاريخ تبليغ الأخير[4] وان لم تقام الدعوى في هذا الميعاد سقط الحق في الشفعة.

---

[1] انظر في ذلك مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله، الجزء الثاني، ص165.

[2] لم يحدد مشروع القانون المدني الفلسطيني الخصوم في دعوى الشفعة، إذا نص في المادة 1077 2، يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة وان يودع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزانة المحكمة.........".

[3] راجع في ذلك، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية لمحكمة النقض المنعقدة في رام الله، الجزء الثاني، جمعية القضاة، الطبعة الأولى، 2007، ص 292.

[4] نقض مدني مصري في الطعن 126، بتاريخ 1948/1/8، عن معوض عبد التواب،المرجع السابق، ص 117.

وهذا الميعاد هو ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم وعليه فلا يقبل الوقف أو الانقطاع رغم أن المسألة مخل خلاف بين الفقه والقضاء فقد قررت محكمة النقض بهذا الشأن بأن إقامة الدعوى أمام محكمة غير مختصة من شأنه أن يقطع مدة السقوط هذه[1]، وان رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة من شأنه أن يقطع مدة السقوط طالما أن الدعوى قائمة ولم يصدر فيها حكم في الاختصاص.[2]

إلا أن محكمة النقض المصرية قد عارضت هذا الرأي وعادت عنه بقولها:" ان الدعوى المقامة لدى مرجع غير مختص لا تعطي المدعي بحق الشفعة مهلة جديدة تزيد عن المدة التي كانت له أساساً الأمر الذي يميل إليه جانب من الفقه.[3]

وأرى أن هذا الرأي لا يتفق مع المنطق القانوني حيث أن الفرق بين السقوط والتقادم إن الأول لا يقبل الوقف والانقطاع، فإذا قبل ذلك تكون المدة مدة تقادم لا سقوط وفقاً للقواعد المعمول بها على صعيد العمل القضائي وإذا كانت تسمية هذه المدة بمدة سقوط وفقاً لما رتبه المشرع من جزاء وهو سقوط الحق في الأخذ بالشفعة فأن ذلك وفق ما أرى يجانب الصواب لأنه لا يجوز تسمية المصطلحات القانونية بالنظر إلى نتيجتها.

وليس أدل على ذلك من أنه إذا شطبت دعوى الشفعة فإن قرار الشطب لا ينال من الإجراءات التي اتخذها الشفيع ويتوجب عليه تجديد السير فيها من جديد وإلا اعتبرت كان لم تكن وإذا انقضت مدة التجديد سقط الحق في الشفعة لعلة مرور المدة القانونية لإقامة الدعوى أولاً ثم مرور المدة القانونية لتجديد الدعوى التي تم شطبها.

هذه المدة السابقة تكون في حالة إنذار الشفيع وإعلان رغبته بالشفعة لكن إذا لم يعلم الشفيع بالبيع ولم ينذر نفرق في هذه الحالة بين البيع المسجل وغير المسجل فإن كان البيع

---

[1] جبر سعيد، حق الملكية، المرجع السابق، ص 429.

[2] شمس الدين، عفيف، **المصنف في الاجتهاد العقاري**، بدون طبعة بدون دار نشر،1984، ص 453

[3] شدراوي، جورج، **حق الملكية العقارية**، الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006، ص 189.

مسجلاً تنقضي مدة إقامة الدعوى بمرور أربعة أشهر من تاريخ التسجيل وذلك عمـــلاً بإحكـــام المادة 948/ب، مدني مصري.[1]

أما إن لم يكن البيع مسجلاً فتكون المدة خمسة عشر عاماً بأحكام القواعد العامة لانقضاء الحقوق بالتقادم.

ونخلص بالنتيجة إلى أن هناك مدداً أربعة لإقامة الدعوى الأولى وهي في ثلاثين يومـــاً وفقاً لأحكام المادة 943 وهي ثلاثين يوماً في حالة إعلان الرغبـــة دون إنـــذار مـــن البـــائع أو المشتري أما الثانية أن تكون المدة خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الـــذي يوجهـــه البائع والمشتري للشفيع وذلك عملاً بأحكام المادة (940) التي نصت علـــى مـــن يريـــد الأخـــذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما مـــن تـــاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه للبائع أو المشتري إلا سقط حقه في ذلك.

أما المدة الثالثة فهي أربعة أشهر من تاريخ التسجيل عملاً بأحكام المادة (948) مـــدني مصري أما المدة الرابعة فهي خمسة عشر عاماً إذا لم يكن البيع مسجلاً.

أما في القانون المدني الأردني فقد اختلف الأمر فيما إذا علم الشفيع بتسجيل البيع ام لـــم يعلم إذ يجب أن نفرق بين حالتين:

الأولى: حالة علم الشفيع اليقيني بتفاصيل عقد البيع من حيث المشتري لكي يقرر مـــا إذا كـــان يرتضي مجاورته أم لا وعلمه أيضاً بالثمن لكي يقرر فيما إذا كان مناسباً أم لا فإن تحقق ذلـــك فإن علمه هذا يجعل من شفعته مهددة بالسقوط إذا لم يسجل دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا العلم على أن تكون هذه المدة بعد تسجيل عقد البيع لا قبله[2].

الثانية: لم يعلم الشفيع بالبيع فإن المدة المسقطة لحق مطالبته بالشفعة هي مدة ستة أشهر تبدأ من تاريخ التسجيل وتحسب هذه المدة تحديداً من تاريخ دفع رسوم الملكية.

---

[1] جبر سعيد، **حق الملكية**، المرجع السابق، ص 429.

[2] مدغمش، جمال، **الشفعة والأولوية في قرارات التمييز الأردنية**، المرجع السابق، ص42.

وعلى ذلك نصت المادة (1/1162) من القانون المدني الأردني بقولها: على من يريـد الأخذ بالشفعة أن يرفع الدعوى خلال ثلاثين يوماً ن تاريخ علمه بتسجيل المبيع وألا سقط حقـه فيها إن أخرها دون عذر شرعي.

أما الفقرة 2 من ذات المادة فقد نصت على سقوط حق الشفعة بعد انقضاء ستة أشهر من تاريخ التسجيل.[1]

أما في فلسطين فبحكم هذا الموضوع القانون رقم (51) لسنة 1958 المعـدل للأحكـام المتعلقة بالأموال غير المنقولة وقد تحدثت المادة الثانية عن مدة الستة أشهر من تاريخ التسجيل فقط وليس فيه أية مدة أخرى.

وبالرجوع لأحكام مجلة الأحكام العدلية فإننا نجد أن المادة 1034 قد قررت ميعاداً آخر بنصها "لو أخر الشفيع طلب الخصومة شهراً بعد طلب التقرير والأشهاد من دون عذر شـرعي ككونه في ديار أخرى يسقط حق شفعته" والأمر هنا يتطلب التروي قليلاً فبالعودة إلى أحكـام القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة نجده قد ألغى إجراءات التقرير والأشهاد في المادة 2/ج[2].

وقد يتبادر إلى ذهن البعض أن إلغاء هذه الإجراءات كان إلغاء بالتبعية لأحكـام المـادة 1034 والتي تحدثت عن ذلك إلا أن محكمة التمييز الأردنية قد قررت أن المادة 1034 ما زالت

---

[1] نص مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة 2/1077 على أنه: يجب على الشفيع أن يرفع دعـوى الشـفعة وأن يودع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار خلال ثلاثين يوما مـن تـاريخ إعـلان الرغبة وإلا سقط حق الأخذ بالشفعة.

وتقول المذكرة الإيضاحية أن هذا الإجراء هو ثاني إجراء، على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة، ويودع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة، ويترتب علـى عدم اتخاذ مثل هذا الإجراء سقوط الحق بالآخذ بالشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية.

وفي الحالة التي يعلم فيها بالبيع للعقار المشفوع به، دون الأخطار من قبل البائع والمشتري له والمبين في المادة السـابقة 1076 من المشروع، فعلى الشفيع أن يقوم بإعلان الرغبة ورفع دعوى الشفعة وإيداع الـثمن خـلال المـدة المـذكورة (30 يوما) محسوبة من تاريخ علمه ونعتقد أن الفقرة الثالثة من المادة زائدة لصعوبة إثبات العلم بالشفعة.

يتطابق حكم هذه المادة مع المادة 942 من القانون المدني المصري

[2] عباسي، جلال، الخلاصة الجلية في الشفعة والأولوية، المرجع السابق، ص11.

معمولاً بها إلا أن الإلغاء الوارد في نص المادة 2/ج من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال الغير المنقولة قد ألغى إجراءات التقرير و... فقط ولم يلغ المادة 1034.

وبذلك أخلص للقول بأن مدة الشهر هذه الواردة في المادة 1034 ما زالت معمولاً بها وبذلك تكون الشفعة وفقاً لقواعد القانون المعمول به في فلسطين محصورة بمدتين استناداً للمواد السابقة.

فالمدة الأولى الواردة في المادة 1034 فتحدثت عن مدة الشهر والتي تبدأ وفقاً لذلك من تاريخ العلم اليقيني لدى الشفيع بتفاصيل عقد البيع فإذا لم يقم بالمطالبة بحق الشفعة خلال مدة الشهر من تاريخ علمه بتفاصيل عقد البيع من حيث اسم المشتري لكي يعلم ما إذا كان يرتضي به جاراً أم لا وكذلك يتطلب علمه بالثمن لكي يقرر ما إذا كان مناسباً له أم لا. فإن ثبت علمه بتفاصيل العقد سقط حقه في المطالبة بالشفعة بمرور شهر واحد من تاريخ هذا العلم. والذي سماه الفقه بالعلم اليقيني ما لم يمنعه عذر مشروع من مطالبة بهذا الحق خلال هذه المدة كأن يكون مثلاً في بلد آخر، وأرى ان هذه المدة هي مدة تقادم لا سقوط وذلك لجواز إثبات العذر المشروع عملاً بأحكام المادة 1034 من المجلة، لقطعها ومدة السقوط لا تقبل الانقطاع عملاً بالقواعد العامة[1].

أما المدة الثانية فهي ستة أشهر من تاريخ تسجيل العقار في دائرة التسجيل المختصة فإذا انقضت مدة الستة أشهر على تاريخ دفع المشتري للرسوم وتسجيل اسمه في قيود دائرة الأراضي سقط حق الشفيع في المطالبة في الشفعة. وهذه المدة مدة سقوط لا يرد عليها الانقطاع أو الوقف.

الفرع الرابع: المحكمة المختصة

تقام دعوى الشفعة وفقاً لأحكام القانون المدني المصري أما المحكمة الكائن في دائرتها العقار وذلك عملاً بصريح نص المادة 943 من القانون المدني، هذا من حيث الاختصاص المحلي أو المكاني[2].

---

[1] العبيدي، علي هادي، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص181.

[2] هرجه، مصطفى مجدي، **الشفعة في ضوء أحدث الآراء**، المرجع السابق، ص159.

أما بخصوص الاختصاص القيمي والذي يحدد وفقاً لقيمة الدعوى فإنه يتحدد وفقاً لقيمة العقار المشفوع فيه وذلك عملاً بأحكام المادة 1/37 من قانون المرافعات المدنية بعد أن كانت محكمة النقض المصرية قد استقرت على تقدير قيمة الدعوى وفقاً لمقدار الثمن الحقيقي الذي بيع العقار مقابله ولا تقدر بقيمة العقار[1].

إلا أنها عدلت عن ذلك بقضاء مستمر واعتمدت فيه قيمة العقار وذلك باعتبار أن دعوى الشفعة تتعلق بملكية العقار المشفوع فيه فيرجع في تقدير قيمة الدعوى إلى قيمة العقار.

وهي بذلك تكون من اختصاص المحكمة الجزئية إن قلّت قيمة العقار عن عشرة آلاف جنيه ومن اختصاص المحكمة الابتدائية إن زادت عن ذلك عملاً بأحكام المادة (42) مرافعات التي حددت الاختصاص القيمي للمحاكم في مصر.

أما في القانون الأردني فقد حدد أن هذه الدعوى من اختصاص محكمة البداية دون التفات لقيمتها وذلك اختصاصاً نوعياً لهذه المحكمة فلم يرد النص صريحا في القانون المدني وإنما ورد في المادة 1/1163 بأن ترفع دعوى الشفعة على المشتري لدى المحكمة المختصة. ولم يحدد هذه المحكمة وبالرجوع لأحكام القانون رقم(51) لسنة (58) المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة نجده قد حدد ذلك في المادة 1/2/د بقوله:" تختص محكمة البداية دون غيرها بدعاوي الأولوية والشفعة" وذلك باعتبار أن ما ورد في الخاص يقيد العام. وإن هذا القانون يعد خاصاً بالنسبة للقانون المدني.

أما ما عليه الحال في فلسطين فإن دعوى الشفعة تقام لدى المحكمة المختصة وفقاً لقيمة الدعوى حيث أن القانون المعمول به حالياً في تحديد الاختصاص بنظر دعوى الشفعة وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية النافذ رقم (2) لسنة (2001) ويعمل بنص المادة (34) والتي تنص على أن الدعاوي العقارية تقدر قيمتها بقيمة العقار والمادة (39) من ذات القانون التي تنص على اختصاص محكمة الصلح في الدعاوي التي لا تزيد قيمتها عن عشرة آلاف دينار.

---

[1] كركبي، مروان و سامي منصور، **الحقوق العينية العقارية الأصلية**، الطبعة الثانية، 1999، بدون دار نشر، ص335.

ولا يسري ما ورد في المادة 1/2/د من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة، ذلك أن هذا القانون مطبق في فلسطين إلا أن هذه المادة بالذات قد عدلت بموجب القانون رقم 33 لسنة 68، مما يعني عدم سريان التعديل في الضفة الغربية لأن القوانين الأردنية المطبقة هي ما كان سارياً قبل1967/6/5 وبما أن التعديل ورد في القانون رقم 33لسنة 68 بعد هذا التاريخ ولم ينشر في الجريدة الرسمية فأنه لا يطبق في الضفة الغربية.

وقد قررت محكمة النقض المنعقدة في رام الله أن دعوى الشفعة التي تتعلق بعقار قيمته عشرة آلاف دينار من اختصاص محكمة الصلح عملاً بأحكام المادة 1/39 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية بالنظر إلى قيمتها[(1)].

---

(1) راجع في ذلك، مجموعة الأحكام القضائية المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله، جمعية القضاة الفلسطينيين، 2007 - الجزء الأول، ص163.

الفصل الثالث

سقوط الشفعة وآثارها

المبحث الأول: سقوط الشفعة

المبحث الثاني : آثار الشفعة

الفصل الثالث

سقوط الشفعة وآثارها

المبحث الأول

سقوط الشفعة

المطلب الأول: نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة

أن الشفعة هي استثناء تقررت على خلاف الأصل في حرية التملك وحق التملك بحرية لذلك أجازت التشريعات نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة وبذلك فقد ورد النص على سقوط الحق بالشفعة في القانون المدني المصري في المادة (948/أ) وذلك بقولها يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال التالية: إذا نزل الشفيع في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع إما المادة (3/1161) من القانون المدني الأردني فقد نصت على ذلك بقولها تحت عنوان دعوى الشفعة لا تسمع إذا نزل الشفيع عن حقه صراحة أو دلالة.

أما في مجلة الأحكام العدلية فقد نصت المادة (1024) على ذلك بقولها "يشترط أن لا يكون الشفيع قد رضي بعقد البيع الواقع صراحة أو دلالة مثلاً إذا سمع عقد البيع وقال هو مناسب يسقط حق شفعته وليس له طلب الشفعة بعد ذلك وكذلك إذا أراد أن يشتري أو يستأجر العقار المشفوع من المشتري بعد سماعه بعقد البيع يسقط حق شفعته وكذلك إذا كان وكيلاً للبائع فليس له حق شفعة في العقار الذي باعه، وقد ورد في قرار محكمة التميز الأردنية أن طلب الشفيع شراء أو استئجار العقار المشفوع من المشتري يسقط حق شفعته عملاً بأحكام المادة(1024) من المجلة.[1]

أما القانون المعد للأحكام المتعلقة بالأموال الغير منقولة رقم (51) لسنة (1958) الأردني والمطبقة أحكامه في فلسطين لم يتعرض لهذه المسألة.

---

[1] تمييز حقوق 76/7، مجلة نقابة المحامين، عمان، 1976.

أما عن التعريف بنزول الشفيع عن حقه وماهيته "فهو تصرف قانوني بالإرادة المنفــردة يؤدي إلى سقوط الشفعة" وهذا الحكم مستمد من أحكام المادة(91) مدني مصري[1].

أما عن كيفية هذا النزول فقد يكون بمقابل أو دون مقابل وقد يكون صريحاً وقد يكــون ضمنياً والنزول الصريح يكون فقط بلفظ أو بكتابة أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شــكاً في دلالته على حقيقة المقصود.

ولما كان النزول يتضمن معنى الإسقاط فإنه أن كان ضمنياً يجب استخلاصه بوضــوح بحيث علينا أن نتوخى الدقة والتشدد في استخلاص التعبير الضمني.

ولا يلزم فيه شكل خاص ولو كان أثناء سير الدعوى ولا يشترط في النزول أن يســبق بطلب ترك الدعوى مثلاً بل يكفي أن يمكن استخلاصه من أي قول أو تصرف يقوم به الشفيع.

إن النزول عن الشفعة قد ورد عاماً مطلقاً والمطلق يجري على إطلاقه ولا مجال للقول بأن النزول يكون بشكل معين والقول بغير ذلك استحداث لحكم مغــاير لــم يــأت بــه الــنص وتخصيص لعمومه بغير مخصص. وسأبحث في مسألة النزول عن الشفعة من حيث الزمان ثــم المكان ثم من حيث الأشخاص.[2]

أولاً: مسألة زمان النزول عن الشفعة

تختلف هذه المسألة باختلاف التشريعات ففي القانون المدني المصري قد يكون النــزول عن الشفعة مقدماً قبل وقوع البيع وكذلك الأمر بعد وقوعه وأثناء السير في الدعوى وحتى بعــد صدور قرار إذا تنازل الشفيع عن تنفيذ الحكم.[3]

---

[1] طلبة خطاب ومحمد نصر الدين، **الحقوق العينية الأصلية -حق الملكية**، المرجع السابق، ص438.

[2] القلاب، سليمان خليف، **الشفعة في القانون المدني الأردني**، المرجع السابق، ص95.

[3] نص المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني على هذه المسألة في المادة(1083) بقوله يسقط الحق فــي الأخــذ بالشفعة في الأحوال الآتية:=

أ. إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع.

ب. إذا انقضت أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع.

ج. في الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون.=

أما في القانون المدني الأردني فقد اختلف الوضع بين التشريع والقضاء ففي التشريع المستند أصلاً إلى أحكام الشريعة الإسلامية والمستمد منها لا يجوز التنازل عن الشفعة باعتبارها حق قبل نشوء هذا الحق وهو لا ينشأ إلا بالتسجيل إلا أن محكمة التميز قد أصدرت قرارات متناقضة في هذا الموضوع فتارة حكمت المحكمة بعدم وجود أساس للتنازل قبل البيع وتارة حكمت بأن التنازل الصادر من الشفيع يعتبر مسقطاً لحقه.

وأرى أن الأخذ بالشفعة حق ضعيف وجاء استثناء ويجب التضييق من مجاله قدر الإمكان وأؤيد اعتبار التنازل الصادر من الشفيع ولو قبل البيع أو قبل تمام التسجيل.[1] مسقطاً لحقه في أخذ العقار بالشفعة.

= تعرضت المذكرة الأيضاحية لشرح هذه المادة لأسباب سقوط الحق في الأخذ بالشفعة، وأولها نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة، سواء أكان النزول وقع قبل البيع أم بعد البيع، وقد كان من المفروض أن يقع النزول بعد ثبوت الشفعة، ولكن هذه المادة أجازت للشفيع أن ينزل عن حقه حتى ولو قبل أن يتم البيع، رغبة من المشرع في تضييق الحق في الأخذ بالشفعة بعد أن حصر المشرع هذا الحق في أضيق نطاق. ورغبة منه من أن يأمن المشتري جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء.

"والنزول تعبير عن الإرادة، فيجوز أن يقع كتابة رسمية كانت أم عرفية، كما يصح أن يكون شفويا، ولكن يقع على من يدعي بالنزول، أن يقيم الدليل (البائع والمشتري) وفقا للقواعد العامة في الإثبات، ويصح النزول في أي وقت إلى يوم صدور الحكم بثبوت الشفعة، والنزول، قد يقع صريحا وقد يقع ضمنيا، وذلك بشراء العقار من قبل الشفيع من المشتري. كما يسقط حق الشفعة بمرور أربعة اشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع وفي الأحوال التي ينص عليها القانون.

يتطابق حكم هذه المادة مع المادة 948 من القانون المدني المصري. " المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني

[1] "رغم أن ذلك يخالف ما استقرت عليه محكمة التميز الأردنية في قرارها رقم 81/518/ مجلة نقابة المحامين عمان 1982، ص675، حينما قررت ان التنازل عن حق الشفعة أما ان يكون صريحاً بإظهار الشفيع رغبته فيعدم الأخذ بالشفعة، وأما ان تكون عن طريق الدلالة بأن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بعقد البيع، كما لو علم بالشراء فساوم المشتري على العقار المشفوع أو استأجره منه وانعقد إجماع الفقهاء على أنه عندما يكون إسقاط حق الشفعة صريحاً بعد وقوع البيع الرسمي فأن هذا الحق يسقط سواء أكان الشفيع قد علم بعناصر عدا البيع الرسمي من حيث مقدار الثمن ومقدار البيع أم لم يعلم لأن الشفعة حق خالص للشفيع فيملك التصرف فيه استيفاءً وإسقاطاً، أما إذا كان التنازل عن الشفعة قد وقع عن طريق الدلالة فان حق الشفيع لا يسقط ألا بالعلم بمقدار المبيع وبالثمن وبالمشتري وذلك لأن الدلالة في هذا الصدد هي دلالة الرضى بالبيع والرضى بالشيء دون العلم به محال".وقد ورد في ذات الحكم قرار مخالفة جاء فيه:

إن الرضا بعقد البيع لا يكون إلا بعد العلم بالثمن من حيث مقداره ونوعه وبالمشتري أيضاً ويستوي بها ذلك الرضاء الصريح مع الرضا الضمني.

إلا أن محكمة التميز عادت وخالفت ما استقرت عليه في قرارها السابق الذي جاء فيه: إن اجتهاد محكمة التميز بهيئتها مستقر أن إسقاط الشفعة وتبعاتً لذلك الأولوية نفذ بحق من صدر عنه ولو لم يعلم بالثمن والمشتري، تميز حقوق 87/440 بتاريخ 1987/6/11.

ثانياً: النزول عن الشفعة من حيث الأشخاص

إذا نزل الشفيع عن الحق في الأخذ بالشفعة فإن هذا النزول يـؤدي إلـى عـدم جـواز مطالبته بالأخذ بالشفعة لسقوط الحق في الأخذ بها ولكن بالنسبة للخلف العام فان النـزول عـن الحق في الأخذ بالشفعة يعتبر من قبيل الالتزامات وبالتالي يعتبر ديناً يتركه المورث ويسأل عنه الورثة في حدود التركة ويجب الوفاء به عيناً وعلى ذلك إذا كان المورث قد نزل عـن الأخـذ بالشفعة صراحة أو ضمناً كأن يشتري عقاراً ويلتزم في عقد البيع بعدم طلب الشفعة عند بيـع أحد العقارات المجاورة لهذا العقار فأنه لا يجوز لهذا الوارث أن يأخذ بالشفعة بعد ثبوت الحـق فيها.

وذلك بسبب نزول الورثة عنها أما أن كان المورث قد نفذ الالتزام بعدم طلب الشفعة في حياته فان تم بيع العقار ولم يطلب الشفعة فلا يكون على الورثة قيد في هذا الصدد فإذا توفر لهم سبب أخر لأخذ الشفعة خاص بهم بالنسبة للعقار الذي سبق وان نزل المورث عن حق الأخذ في الشفعة فيه فإنه يجوز لهم في الأخذ بالشفعة وأرى ان في ذلك تحقيق للعدالة باعتبار أن الوريث لا يملك أكثر من هذا الحق الذي كان يملكه المورث أساساً[1].

أما عن الخلف الخاص وهم من يتلقى من سلفه مالاً معيناً أو حقاً عينياً كان قائماً يورثه السلف كالمشتري والموهوب له والموصى له بعين معينة ومثال ذلك من اشترى قطعـة أرض وشركة استصلاح أراضي والتزام في عقد الشراء بعدم المطالبة في الشفعة عن بيـع الشـركة للقطع المجاورة ثم قام المشتري ببيع هذه القطعة التي اشتراها إلى مشتر ثانٍ فهـل يتقيـد هـذا المشتري في النزل الصادر من سلفه[2].

إن الرأي السائد في الفقه أن المشتري الثاني يتقيد بالنزول الصادر من سلفه استناداً إلى أن العقد أنشأ التزاماً وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل إلى خلف خـاص فـأن الالتزامـات

[1] البدراوي، عبد المنعم، **حق الملكية**، المرجع السابق، ص403.

[2] أبو السعود، رمضان، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية**، المرجع السابق، ص218.

والحقوق إلى الخلف الخاص في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إلى هذا الخلف لأنها من مستلزمات هذا الشيء وتعتبر الالتزامات التي عقدها السلف مستلزمات الشيء إذا توافرت فيها شروط ثلاثة:

1. أن يكون الالتزام محدداً للشيء أي يقيد من استعماله أو يحد من سلطات المالك عليه.
2. أن يكون ليس في الوسع أن ينفذ عيناً إلا إذا انتقل إليه الشيء.
3. أن يكون الشيء هو محل الاعتبار في تقريره فلم تراع فيه شخصية السلف. [1]

وبناءً على ذلك فإن نزول الشفيع عن الشفعة يعتبر ملزماً للخلف.

أما موت الشفيع هل يورث الشفعة؟

ترك المشرع المصري الأمر في ذلك لاجتهاد القضاء أما القانون الأردني فانه أقر بحق الورثة بالأخذ بالشفعة إذا لم يثبت تنازل المورث عن هذا الحق باعتباره من التركة.

وأرى أن الموضوع يعود لاجتهاد القضاء فقد يكون المورث راغباً في الأخذ بالشفعة بينما لا يرغب الورثة بذلك. حيث أن هناك اعتبارات عديدة بذلك.

أما في الفقه الإسلامي فهي مسالة خلافية فقد ذهب الشافعي ومالك على أن الحق في الشفعة يورث فيحل الوارث محل مورثه لأنه حق متعلق بالمال وقد ثبت لصاحبه بسبب ما يملك من عقار فإذا انتقل العقار إلى الوارث ينتقل بحقوقه وأما الإمام أحمد بن حنبل ذهب إلى أنه يورث إذا ما تمت المطالبة به كتأكيده وتحققه إما قبل المطالبة فلا يورث. [2]

---

[1] سعد، نبيل إبراهيم، **الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني**، الجزء الثاني، بيروت، دار النهضة العربية، 1997، ص 531.

[2] لقد قرر المشرع الفلسطيني إن الحق في الشفعة لا يسقط بموت البائع أو المشتري والشفيع في المادة 1072 من مشروع القانون المدني حيث نص على أنه إذا ثبت الحق في الشفعة فلا يسقط بموت البائع أو المشتري أو الشفيع.
وتقول المذكرة الإيضاحية في ذلك أن ثبوت الحق في الشفعة يكون وفقا للمواد التي سبقت هذه المادة، فضلا عن ذلك كله، أن يكون الشفيع قد أعلن رغبته بالشفعة أو سجلها، فإذا توافر كل ذلك، فان موت البائع أو المشتري أو الشفيع، لا يؤدي إلى سقوط الحق في الأخذ بالشفعة، وإنما ينتقل إلى الورثة، فالحق في الشفعة يورث لأنه حق متعلق بالمال ويفضي إلى تملكه وهذا قول الإمام مالك والإمام الشافعي (انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني الجزء الثاني ص 695).
يتطابق حكم هذه المادة مع المادة 1158 من القانون المدني الأردني والمادة 139 من مرشد الحيران (فقه حنفي).

أما عند الحنفية فالحق في الشفعة لا يورث إذ هو إرادة ومشيئة والوارث لا يرث مورثه في رغباته لأنها صفات شخصية.[1]

المطلب الثاني: عدم إيداع الثمن

إن إعلان الرغبة في القانون المدني المصري لا يكفي للمطالبة بالشـفعة إنمـا هنـاك مجموعة من الإجراءات خلال المواعيد السابقة التي تم الحديث عنها في المسألة السابقة ومنهـا إيداع الثمن قبل إقامة الدعوى للمطالبة بالشفعة استناداً لأحكام المادة 2/942 من القانون المدني المصري "يجب أن يودع الشفيع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع".

والحكمة من اشتراط إيداع الثمن هو ضمان الجدية في طلب الشفعة وقطع الطريق على الضارين لكي لا يتخذ أحد من جواز أخذه العقار بالشفعة وجعله للإنذار والمساومة لذا اشـترط المشرع إيداع كامل الثمن لهذا السبب.[2]

إلا أن الأمر يختلط حول الثمن إذا كان صورياً وبهذا يجـب البحـث والتفرقـة بـين فرضيتين.

أولاً: إذا كان الشفيع يطعن بالثمن بالصورية وبأنه يزيد على الثمن الحقيقي وقام بإيـداع الـثمن الذي قدر أنه الثمن الحقيقي عندئذ يقع عليه عبء إثبات هذه الصورية بكافة طرق الإثبات لأنـه يعتبر من الغير فإن أثبتها كان إيداعه صحيحاً وإلا اعتبر متخلفاً عن الإيداع المفروض عليه مما يجعلها سبباً في سقوط الحق في الشفعة والسبب في ذلك أنه قبل المجازفة في ما اعتبـره ثمنـاً حقيقياً فمن باب أولى أن يتحمل خطر هذه المجازفة.

ثانياً: إذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي الذي تم فيه البيع ويتصور ذلك عند رغبة أطراف البيع في التهرب من دفع الرسوم الخاصة بالتسجيل بالنسبة لأطراف العقد فحقـه

---

[1] طلبه أنور، **الشفعة والتحيل لإسقاطها**، المرجع السابق، ص502.

[2] سعد، نبيل إبراهيم، **الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني**، الجزء الثـاني، بيـروت، دار النهضـة العربية، 1997، ص 531.

أن يتمسك بالعقد الظاهر ولا يحتج عليه بالعقد المستتد إليه وشرط ذلك أن يكون الشفيع حسن النية. [1]

أما إذا لم يعلم الشفيع بالثمن لعدم إنذاره أو لعدم وجود وسيلة للعلم بالثمن الذي حصل فيه البيع فهل يجازف بتقدير الثمن؟

لم يضع المشرع حلاً لهذه المسألة إلا أن محكمة النقض قد بحثت الموضوع واعتبرت أن السماح للشفيع بإكمال الثمن يعتبر صحيحاً طالما لم يتسنى له أن يعلم أو طالما لم يتم إنذاره.

وأما بالنسبة للنفقات فلم يشترط المشرع المصري إيداعها وعبارة النص واضحة في ذلك.

أما في القانون المدني الأردني في المادة (1163) فلا نص على وجوب إيداع الثمن وإنما أعطى المشرع المحكمة الحق في إمهال الشفيع شهراً لدفع ما تطلبه منه دفعه تحت طائلة السقوط وبذلك لم يشترط القانون المدني الأردني إيداع الثمن قبل إقامة دعوى المطالبة بالشفعة[2].

إلا إن القضاء والإجراءات القضائية بقيت تتطلب إلزام الشفيع بإيداع الثمن باعتباره شرطاً لقبول الدعوى باعتبار أن المادة(1448) والتي أوجبت مراعاة ما نص عليه في القوانين الخاصة من ذلك القانون رقم (51) لسنة 1958 المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة والذي يشترط في المادة الثانية/ب "على الشفيع إيداع الثمن المسمى في عقد البيع نقداً أو تقديم كفالة مصرفية - خطاب ضمان وبذلك فقد تجاوز المشرع الأردني موضوع صورية الثمن من غيره حيث أن الثمن في الشفعة الذي يشترط إيداعه هو الثمن المسمى في العقد لأن الشفعة لا تطلب إلا في الأراضي المملوكة الأمر المختلف عن الأولوية وهي في الأراضي الأميرية لثمن

---

[1] سعد، نبيل إبراهيم، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 113.

[2] سوار، محمد وحيد الدين، **الحقوق العينية الأصلية**، الطبعة الثانية، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر، 1999،ص208.

المثل[1] بعد أن يودع الشفيع الثمن المسمى إلا أنني أميل لما ارتضاه المشـــرع المصـــري مـــن اشتراط الثمن الحقيقي وذلك تضييقاً للأخذ بالشفعة وأحاطتها بالمزيد من المخاطر. لأنهـــا علـــى خلاف الأصل أما بخصوص النفقات التي تكبدها المشتري فهل يعتبر من الثمن أم لا ؟

اختلف الرأي في ذلك بين الفقه والقضاء كون المسألة غير واضحة في المدني الأردنـــي إلا أن قضاء التمييز استقر على أن تملك المشفوع بحق الشفعة يكون بما قام على المشتري مـــن الثمن والنفقات وان العبرة في مقدار الثمن إنما هو للبيان المدرج أمام مأمور تسجيل الأراضـــي والمصادق عليه من قبله، وان النفقات التي يلزم الشفيع بها والمبحوث عنها في المـــادة (1150) هي تلك التي يتكبدها المشتري في سبيل الحصول على المبيع ولا يعد من النفقات التـــي يلـــزم الشفيع بها ما يدفع دون التزام قانوني حين الشراء،وعليه فليس من حق المشتري مطالبة الشفيع بالسمسرة التي دفعها إلى شخص آخر حين الشراء، وارى أن من العدالـــة أن يضـــمن الشـــفيع السمسرة ونفقاتها إذا اثبت المشتري أنها كانت من المستلزمات الضرورية لتمام البيع فـــي كـــل حالة على حده .

فدفع المشتري ضريبة العقار مثلاً يوجب على الشفيع دفعها بالإضافة لرسوم التســـجيل ونفقاته القانونية التي يتطلبها النص القانوني أو النظام وقد استقر على ذلك اجتهاد محكمة التمييز الأردنية بقولها:

"إن الاتفاق بين البائع والمشتري على أن يتحمل المشتري دفع الضريبة بالإضافة لرسوم التسجيل هو اتفاق لا يخالف القانون ويعتبر من النفقات التي قامت على المشتري والتي يلتزم بها الشفيع بالإضافة إلى الثمن إذا تضمن عقد البيع شرطاً بمضمون اتفاق كهذا وعلة ذلك أن الشفيع باعتباره من الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع لا يكون الاتفاق المذكور حجة عليه إلا إذا ثبت فـــي سند رسمي أو تضمنه سند رسمي مما يعتبر حجة على الناس، وبـــذلك فـــان اعتمـــاد محكمـــة الاستئناف في استئناف الحق المذكور على الشهود رغم اعتراض المميز على هذه البينـــة فـــي

---

[1] سوار، محمد وحيد الدين، **الحقوق العينية والأصلية،** مرجع سابق، ص207.

جميع المراحل تكون قد خالفت صريح نص المادة (1/7) من قانون البينات ويكون حكمها مخالفاً للقانون ومستوجباً للنقض".[1]

المطلب الثالث: عدم رفع الدعوى أو عدم إعلان الرغبة في الميعاد

حددت المادة (948) قانون مدني مصري ميعاداً للمطالبة بالشفعة مدته أربعة أشهر من يوم تسجيل العقار وذلك بقولها "يسقط الحق في الأخذ بالشفعة إذا انقضت أربعة أشهر من يـوم تسجيل العقار وكذلك المادة (940) من القانون المدني المصري "على من يريد الأخذ في الشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري وألا سقط حقه في ذلك " وكذلك نصت المـادة (943) من ذات القانون على سقوط حق الشفيع في المطالبة بالشفعة بقولها" يسقط حق الشفيع إذا لم يرفع الدعوى في ميعاد الثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة.

يتبين من ذلك أن هناك مدد أربعة في القانون المدني المصري فهي استناداً للمادة(940) خمسة عشر يوماً من تاريخ تبلغ الشفيع للإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري أما عن مدة الثلاثين يوماً الوارد في المادة (943) فتكون في حالة علم الشفيع بالبيع وعـدم توجيـه البائع إنذاراً رسمياً الرسمي تكون المدة بحقه هي ثلاثين يوماً من تاريخ عمله بتفاصـيل البيـع وهي مسألة إثبات إذ يتعين إثبات عمله من حيث التاريخ والمضمون؛ إما عن المدة الثالثة فهـي أربعة أشهر من تاريخ التسجيل فيما لو لم يعلن البيع أو لم يتم إنذاره أو كان الإنذار بـاطلاً لأي سبب كان في جميع هذه الحالات تكون مدة المطالبة بالشفعة هي أربعة أشهر من تـاريخ عقـد البيع أما بعد ذلك فلا يحق للشفيع الأخذ بالأخذ بالشفعة مطلقا[2]ما لم يكن العقـد غيـر مسـجل رسمياً فأنها تخضع للتقادم المدني الطويل وهو خمسة عشر عاماً.

أما في القانون المدني الأردني فقد اختلف الأمر فيما إذا علم الشفيع بتسجيل البيع أم لم يعلم إذا يجب التفرقة بين حالتين:

---

[1] تميز حقوق، 88/356، بتاريخ 1988/5/2م، مجلة نقابة المحامين، 1990، صفحة، 1344.

[2] طلبه أنور، **الشفعة والتحيل لإسقاطها**، المرجع السابق، ص 433.

الأولى: حالة علم الشفيع اليقيني بتفاصيل عقد البيع من حيث المشتري لكي يقرر ما إذا كان يرتضي مجاورته أم لا وعلمه أيضاً بالثمن لكي يقرر فيما إذا كان مناسباً أم لا فأن تحقق ذلك فان عمله هذا يجعل من شفعته مهددة بالسقوط إذا لم يقيد دعوى خلال ثلاثون يوماً من تاريخ هذا العلم على أن تكون هذه المدة بعد تسجيل عقد البيع لا قبله[1].

ثانياً: إذا لم يعلم الشفيع بالبيع فإن المدة المسقطة لحق مطالبته بالشفعة هي مدة ستة أشهر تبدأ من تاريخ التسجيل وتبدأ هذه المدة تحديداً من تاريخ دفع الرسوم وقد تم بحث ذلك مسبقاً في الفصل الثاني في المطلب الخاص بإقامة الدعوى.

المطلب الرابع : مسقطات أخرى

نصت المادة (948/ج) على سقوط الحق في الأخذ بالشفعة "في الأحوال التي نص عليها القانون بذلك فان يبدو واضحاً أن المشرع المصري لم يحصر حالات سقوط الشفعة في نص المادة (948) وإنما أوضح ما أمكن أن يثير الخلاف حوله ولم يكن حصراً لأسباب السقوط فهي تسقط مثلاً بمضي خمسة عشرة يوماً من تاريخ الإنذار إذا لم يبدي الشفيع رغبته بها ومضى أربعة أشهر وإذا لم يكن هنالك إنذاراً أو خمسة عشر سنة على البيع غير المسجل أو عند زوال حق الشفيع أو انتقاله إلى الغير أو إلى أي سبب يؤدي إلى تخلف السبب في الشفعة كما لو ترتب بطلان إجراء ما من إجراءاتها أو عند مخالفة أحكام الدعوى[2].

وهناك أسباب لا يمكن تجاهلها مثلاً كما لو تبين بطلان البيع الذي طلبت فيه الشفعة ولأي سبب كان.

وكذلك يسقط الحق في الشفعة أن قبل الشفيع بتجزئة الشفعة أو المساومة عليها كما لو صرح مثلاً بقبوله ثلث العقار المشفوع به دون الباقي أو كما لو طلب من المشتري عقاراً آخر

---

[1] عباسي، جلال: **الخلاصة الجلية في أحكام الشفعة والأولوية**، المرجع السابق، ص1099.

[2] أبو جميل، وفاء حلمي، **حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه**، المرجع السابق، ص215.

بديلاً عن العقار المشفوع به وقد وردت حالتي المساومة والقبول بالتجزئة في المـــادة (1160) من القانون المدني الأردني.

كذلك يسقط الحق في الشفعة حتى بعد صدور القرار القضائي بذلك إذا لم يقــم الشــفيع بتنفيذ الحكم بعد مضي شهرين من تاريخ صيرورة القرار نهائياً.

وقد قضت محكمة التميز الأردنية بأن مساومة الشفيع للمشــتري علــى شــراء قطعــة الأرض المطلوب تملكها بالشفعة لقاء ثمن يزيد عن الثمن الذي بيعت به للمشتري بموجب عقــد البيع الرسمي تدل على رضا الشفيع بعقد البيع عملاً بأحكام المادة (1024) من المجلة.[1]

وبذلك يمكننا أن نجمل أسباب السقوط كما يلي:

1. عدم إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار عمــلاً بأحكام المادة (940) مدني مصري.

2. عدم إيداع كل الثمن الحقيقي الذي تم به البيع خزانه المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة عمــلاً بأحكــام المــادة (942) مدني مصري.

3. عدم إقامة الدعوى وقيدها خلال ثلاثين يوماً من إعلان الرغبة عملاً بأحكام المــادة (943) مدني مصري.

4. انقضاء خمسة عشر عاماً من تاريخ البيع غير المسجل في جميع الأحوال ما لم يثبــت علــم الشفيع اليقيني بتفاصيل عقد البيع .

5. تخلف سبب الشفعة كزوال صفة الشفيع أو انتقال الحق إلى الغير.

---

[1] تمييز حقوق 78/34، مجلة نقابة المحامين الأردنيين 1978، ص 572.

6. تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع، على أن هذا السبب يكون فقط وفقــا لأحكام المدني المصري سواء أكان هذا النزول صريحاً أو ضمنياً أما المــدني الأردنـــي فــان التنازل عن الشفعة لا يتصور إلا بعد تمام البيع.

وقد استقر القضاء على اعتبار الحالات التالية من قبيل التنازل الضمني:

أ. أن يعتبر الشفيع المشتري شريكاً على الشيوع.

ب. أن يستأجر الشفيع العقار المبيع من المشتري.

ج. أن يحيل الشفيع حق الشفعة إلى غيره لان هذه الحوالة وان كانت باطلة إلا أنها قاطعة الدلالة في العزوف عن الأخذ بالشفعة.

د. قيام الشفيع بالوساطة في البيع وتهنئته للمشتري بالصفقة.

هــ. مساومة الشفيع للمشتري بان يبيعه بثمن أكثر من الثمن المعلن.

و. أن يكون الشفيع وكيلاً عن المشتري أو عن البائع.

7. عدم إقامة الدعوى خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ العلم اليقيني للشفيع بتفاصيل عقد البيع أو خلال ستة أشهر من تاريخ التسجيل[1].

---

[1] القلاب، سليمان خليف، **الشفعة في القانون المدني الأردني**، المرجع السابق، ص97.

وانظر أيضاً: هرجه، مصطفى مجدي، **الشفعة في ضوء أحدث الآراء**، ص203 وما بعدها.

المبحث الثاني

آثار الشفعة

إذا توافرت أسباب الشفعة وشروطها سالفة الذكر وصدر حكم قضائي بها أو سلم بها المشتري رضاءً نشأت علاقات مختلفة بين أطراف عقد البيع والشفيع أن أخذت الشفعة رضاءً وبين الخصوم في الدعوى أن أخذت الشفعة قضاءً، وبناء عليه سأقسم هذا البحث إلى ثلاثة مطالب ابحث في المطلب الأول العلاقة بين الشفيع والمشتري وفي المطلب الثاني العلاقة بين البائع والشفيع وفي المطلب الثالث العلاقة بين الشفيع والغير.

المطلب الأول: العلاقة بين الشفيع والمشتري

يترتب على ثبوت الحق في الشفعة قضاء أو رضاء أن يحل الشفيع محل المشتري في البيع ويلتزم بكافة الالتزامات التي يرتبها عقد البيع وتكون له كافة الحقوق المترتبة على هذا العقد وتنتقل الملكية من البائع إلى الشفيع مباشرة بمجرد قيام الشفيع بتسجيل الحكم النهائي أو تسجيل إقرار التسليم بالشفعة والتراضي عليها عملاً بإحكام المادة 945/ مدني مصري[1]، حيث ورد النص فيها على انه: يحل الشفيع محل المشتري قبل البائع في جميع حقوقه والتزاماته[2].

---

[1] شنب، محمد لبيب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص143.

[2] لقد نص المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني على ذلك بموجب المادة 1079 بقولها: يثبت الملك للشفيع في المبيع بحكم المحكمة أو يتسلمه من المشتري بالتراضي وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

"تقول المذكرة الإيضاحية في ذلك أن الحق في الشفعة يثبت إما بالتراضي أو بالتقاضي، ويثبت بالتراضي إذا سلم المشتري للشفيع بالشفعة عن رضا منه، فيحل الشفيع محل المشتري في الصفقة التي عقدها المشتري مع البائع، وعلى الشفيع أن يلتزم في مواجهة البائع بكل الالتزامات التي كان المشتري يلتزم بها، وله جميع حقوقه.

والتسليم بالشفعة من قبل المشتري يصح في أي وقت حتى رفع دعوى الشفعة فإذا وقع هذا التسليم، وجب تسجيله حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، وهذا يعني أن التسليم يجب أن يكون مكتوبا حتى يتم تسجيله، وقد عبرت عن ذلك المادة 1079 من المشروع "دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

كما تؤخذ الشفعة بالتقاضي، وهي الصورة الغالبة في التملك بالشفعة، حيث من النادر ما يسلم المشتري للشفيع بالشفعة، فإذا ما ثبت الملك للشفيع اعتبر حكم المحكمة سند ملكية.

يتطابق حكم هذه المادة مع المادة 1164 من القانون المدني الأردني،، كما يتطابق مع حكم المادة 944 من القانون المدني المصري.

أما المادة 1080 من المشروع الفلسطيني فقد نصت على:=

ويتضح من خلال ذلك أن القانون المدني المصري قد اعتبر أن الشفيع يحل محل المشتري وان مصدر هذا الحلول هو الحكم القضائي الصادر في الدعوى أو رضاء المشتري بالشفعة ويعتبر تاريخ هذا الحلول ابتداءً من تاريخ صيرورة الحكم المثبت للشفعة قطعياً أو من وقت التراضي عليها إن سلم بها المشتري.

وهذه مسألة محل خلاف بين الفقه إذ ذهب رأي إلى اعتبار هذا الحلول من تاريخ عقد البيع المشفوع فيه وذلك على اعتبار أن هذا الحكم مقرر للشفعة لا منشأ لها بينما ذهب رأي آخر إلى اعتبار تاريخ إعلان الرغبة هو تاريخ الحلول[1] والمقصود بالحلول أن الشفيع يحل محل المشتري ويأخذ مركزه العقدي فيما له من حقوق وما عليه من واجبات وإن ذلك يعني أن الشفيع يحل محل المشتري في نفس العقد المشفوع فيه وإن الرابطة العقدية بين البائع والمشتري قد طرأ

= 1. يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته. =

2. لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضا البائع.

3. إذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع.

وأوضحت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني أنه متى ثبت للشفيع حقه في الشفعة على ضوء ما تقدم، فان الشفيع يحل محل المشتري، فيختفي المشتري، ويصبح الشفيع هو المشتري، وكأن البيع قام في الأصل، بين الشفيع والبائع، لا بين المشتري والبائع، وهو بيع واحد لا اثنين، والعلاقة التي ستقوم بين الشفيع والبائع ينظمها عقد البيع الذي قام في الأصل بين المشتري والبائع.

والذي حل فيه محله الشفيع، فيلتزم الشفيع بكل ما كان المشتري يلتزم به، ويكون له جميع الحقوق التي كانت للمشتري تجاه البائع والمترتبة على عقد البيع.

ومع ذلك، فلا يجوز للشفيع أن يستفيد بالأجل الذي كان ممنوحا للمشتري لدفع الثمن والسبب في ذلك، أن البائع قد يكون منح المشتري ثقة لا يمنحها للشفيع ولذا قبل أن يمنح المشتري أجلا، دون الشفيع، وقد يكون البائع تربطه بالمشتري دون الشفيع من الصلات ما يدفعه إلى تأجيل الثمن للمشتري دون الشفيع، إلا انه إذا رضي البائع استفادة الشفيع من الأجل الذي كان ممنوحا للمشتري فلا مانع من ذلك.

فالمسألة تعود في النهاية إلى رضا البائع، ورضا البائع بالتأجيل للشفيع، يجب أن يقع بعد الأخذ بالشفعة، لان الشفيع يكون قد أودع الثمن خزانة المحكمة، فإذا ما قبل البائع التأجيل، كان للشفيع أن يسحب الثمن من خزانة المحكمة، ويدفعه للبائع وفقا للاتفاق، هذا إذا تمت الشفعة قضاء، أما إذا تمت رضاء فان الثمن يؤجل أو يقسط وفقا لما يتم الاتفاق عليها لان الشفيع ليس مجبرا بإيداع الثمن خزانة المحكمة.

وإذا استحق العقار وهو في حيازة الشفيع بعد حلوله محل المشتري، فليس أمام الشفيع إلا الرجوع بضمان الاستحقاق على البائع دون المشتري الذي خرج من الصفقة ولم يعد له وجود (انظر المادة 465 في حالة الاستحقاق الكلي للعقار من المشروع والمادة 466 في حالة الاستحقاق الجزئي للعقار من المشروع). يتطابق حكم هذه المادة مع المادة 945 من القانون المدني المصري.

[1] السنهوري، الوسيط، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص 703.

عليها تغير في اسم المتعاقد فقط وهو الشفيع ويبقى العقد على حاله إذ يصبح الشفيع بــدلاً مــن المشتري في الرابطة العقدية وعلى ذلك لم ينشأ عقد بيع جديد لمجرد التغيير في أطراف العقد.

أما القانون المدني الأردني فاختلف الأمر فيه عن سابقة المصري فقد اعتبر أن التملــك بالشفعة هو شراء جديد يقع بين الشفيع والمشتري حيث نص في المادة 1165 على أن تملــك المشفوع قضاء أو رضاء يعتبر شراء جديداً يثبت فيه خيار الرؤية والعيب للشــفيع وان تنــازل المشتري عنهما[1].

وبذلك فرق المدني الأردني بين عقدين احدهما بين البائع والمشــتري والثــاني بــين المشتري والشفيع الأمر الذي يختلف عن فكرة الحلول التي سبق توضيحها والتي أخذ بها القانون المدني المصري.

وان أهم ما يجب توضيحه علاقة الشفيع بالمشتري يقع في ثلاثة فروع أخصص الفرع الأول لحكم تملك الشفيع للثمار، وأما الفرع الثاني فأخصصه لحالة الزيادة التي يمر بها المشتري من بناء وغراس في العين المشفوع فيها وفي الفرع الثالث أبحث التزامات البــائع والمشــتري ضمن مسألتين.

الفرع الأول: تملك الشفيع للثمار

لم يورد القانون المدني المصري نصاً بوضوح يحكم الثمار فهي بين من يملكه الثمــار اعتباراً من تاريخ إعلان الرغبة وبين من يملكه إياها اعتبــاراً مــن تــاريخ صــدور الحكــم وصيرورته قطعياً أو تسليم المشتري بالشفعة رضاء والواقع أن حق الملك لا يثبت للشــفيع إلا بحصول التراضي أو صدور الحكم ومن التناقض أن يثبت للشفيع الملك في وقت ويعطي الحق في الثمار في وقت سابق عليه طالما أن الثمار هي نماء الملك وزيادته ولا تكون للشــخص إلا بعد أن يثبت له الملك وهذا الرأي مستمد من الفقه الإسلامي الذي اجمع عليه الفقهــاء أن ثمــار المشفوع فيه تكون حقاً للمشتري إلى حين الأخذ بالشفعة ولا يصح أن يقضي للشفيع بالثمار قبل

---

[1] القلاب، سليمان خليف، الشفعة في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص105.

الحكم له بالملكية منذ إيداع الثمن كأن يقال أن الشفيع حرم من الثمار وحرم من الاستفادة من الثمن، وإن العدالة تقتضي أن تكون له الثمار من وقت إيداع الثمن، إلا أن المشتري أيضاً لم ينتفع بالمال الذي أودعه الشفيع وإذا ما حاولنا ترجيح إحدى المصلحتين فإن مصلحة المشتري تقدم على مصلحة الشفيع ذلك أنه مالك للعقار المشفوع فيه ولا ينزع ملكه منه أو ثمار ملكه منه قبل زوال صفته هذه عنه، فهو المالك وهو الدافع للثمن وهو المنزوع عنه ملكه جبراً.

كذلك لم يتعرض القانون المدني الأردني هذه الحالة ولا مجلة الأحكام العدلية بهذا الخصوص لذا تسري على ذلك القواعد العامة المعمول بها والراجح من الفقه الحنفي الذي استمد منه القانون المدني الأردني جل أحكامه.

الفرع الثاني: حكم زيادة المشتري البناء أو الغراس في العين المشفوع فيها

لقد نصت على حكم هذه الحالة المادة (946) من القانون المدني المصري بقولها: إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل إعلان الرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس[1].

أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة فإذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس.[2]

---

[1] طلبة خطاب ومحمد ناصر الدين، الحقوق العينية الأصلية حق الملكية، المرجع السابق، ص449.

[2] نص المشرع الفلسطيني على هذه الحالة في المادة (1081) من المشروع بقوله:

إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الإزالة، فإذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس.

وتقول المذكرة الإيضاحية بهذا الخصوص أنه إذا قام المشتري بالبناء والغراس في العقار المشفوع به قبل إعلان الرغبة في الشفعة، فالخيار للمشتري، إما بإلزام الشفيع بالمبلغ الذي أنفقه في البناء أو الغراس أو بإلزامه بمقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس وذلك وفقا لما يتلاءم مع مصلحته.

أما إذا أقيم البناء والغراس بعد إعلان الرغبة، فيكون الخيار للشفيع بين أن يلزم المشتري بإزالة البناء أو الغراس وأجرة العمل ونفقات الغراس.

يتطابق حكم هذه المادة مع المادة 946 من القانون المدني المصري، ويتوافق مع المادة 1166 من القانون المدني الأردني.

وبذلك يجب أن نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة كان المشتري بالخيار إما أن يطالب الشفيع بما أنفقه في البناء أو الغراس أو مقـدار مـا زاد في قيمة الأرض بسبب ذلك أيها أكبر وقد عامل المشرع هنا المشتري معاملة أفضـل مـن الحائز حسن النية في الأحكام العامة للالتصاق فإنه في هذه الحالة يأخذ أي القيمتين أقل.[1]

الحالة الثانية: إذا بنى المشتري أو غرس بعد إعلان الرغبة في الشفعة يكون للشفيع أن يطلـب إزالة البناء أو الغراس على نفقة المشتري وإعادة العقار إلى أصله مع التعويض إن كـان لـه مقتضى، أو أنه يجوز للشفيع أن يطلب استبقاء البناء والغراس على أن يدفع للمشتري ما أنفقـه في البناء والغراس أي أن يدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل ونفقات الغراس.

الإزالة إن كان لها محل أو الإبقاء مع دفع الزيادة أو ما أحدث مقلوعاً في الحالة الأولى وقبل إقامة الدعوى فإن الشفيع مخير بين أن يترك الشفعة أو أن يتملك العقار بثمنه مـع قيمـة الزيادة أو ما أحدثه المشتري من البناء والغراس.

أما في الحالة الثانية وبعد إقامة الدعوى فهناك ثلاثة خيارات أمام الشفيع فهـو أمـا أن يترك الشفعة أو أن يطلب الإزالة أن كان لها مقتضى أو أن يطلب إبقاء الحال على ما هو عليه، أو ما تم زيادته مقلوعاً. وعلى نفقته.[2]

الفرع الثالث: التزامات المشتري والشفيع

المسألة الأولى: التزامات المشتري

ابتداءً يجب أن أوضح أن القانون المدني الأردني قد جعل من التملك بالشـفعة بمثابـة شراء جديد الأمر الذي يختلف عما هو عليه الحال في القانون المدني المصري وذلك أن الشفيع

[1] زكي، محمود جمال الدين، **الحقوق العينية الأصلية**، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص 499.

[2] طلبه، أنور، **الشفعة والتحيل لإسقاطها**، المرجع السابق، ص 510.

يحل محل المشتري قبل البائع وبالتالي لا يلتزم المشتري وفقاً لهذا القانون بشيء قبل الشفيع وإنما تكون علاقته مع البائع.

وبذلك يترتب على المشتري الذي يعد في مركز البائع وفقاً للقانون المدني الأردني أن يقوم بالالتزامات التي تترتب على البائع عادة والتي سألخصها فيما يلي:

أولاً: التزام المشتري بنقل ملكية العقار

إذا أخذت الشفعة رضاء فإن على المشتري أن يقوم بكل ما يتطلبه تسجيلها لمصلحة الشفيع من أعمال أو تصرفات فيتقدم لدائرة التسجيل المختصة لإثبات موافقته على ذلك أما في حالة اخذ الشفعة قضاء فأن الشفيع هو الذي يقوم بتنفيذ مضمون الحكم القضائي لدى دائرة التسجيل المختصة ولا يلتزم المشتري بشيء في هذه الحالة هذا بخصوص التسليم الحكمي وسأبحث التسليم الفعلي في الالتزام التالي[1].

ثانياً: التزام المشتري بتسليم المشفوع فيه

إن تسجيل الحكم القضائي القاضي بالتملك للشفيع العقار المطلوب بالشفعة إنما يعتبر تسليماً حكمياً ولا يعتبر حتى اللحظة أن المشتري قد نفذ التزامه بل يجب عليه أن يسلم العقار تسليماً فعلياً بمعنى أن يمكن الشفيع من حيازته وخلافاً لذلك يعتبر غاصباً ما لم يكن المشتري قد استعمل حقه في احتباس العقار لاستيفاء ما هو مستحق له بذمة الشفيع[2].

ثالثاً: التزام المشتري بضمان التعرض والاستحقاق والعيب الخفي

إن هذا الالتزام وفقاً لقواعد المدني المصري وعملاً بأحكام المادة (945) والتي تنص على أنه إذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع.

---

[1] خيال، محمود السيد، **الحقوق العينية الأصلية**، المرجع السابق، ص275.

[2] سليم، محمد محي الدين، **الحقوق العينية الأصلية**، الجزء الأول، ص269.

وهذا الحكم يتفق مع قاعدة حلول الشفيع محل المشتري قبل البائع وهي تدخل في نطاق علاقة الشفيع بالبائع لا في علاقة المشتري بالبائع[1].

إلا أنها من التزامات المشتري وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني وذلك باعتبار الشفعة شراء جديداً عملاً بأحكام المادة (1165) والتي نصت على أنه "إذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فللشفيع أن يرجع بالثمن على من أداه إليه من البائع أو المشتري".

يتضح من خلال هذا النص أن ضمان التعرض والاستحقاق والعيب الخفي التزام واقع على عاتق المشتري باعتبار أن الشفعة شراء جديد وباعتبارها لا تنشأ إلا من تاريخ التسجيل وشطب اسم البائع من قيود الملكية لذا فلا داعي لإقحام البائع بهذا الالتزام[2].

وذلك أن حق الشفيع في ضمان العيب له حتى وان كان المشتري قد تنازل عنه للبائع وفقاً لحكم المادة (1/1165).

رابعاً: التزام المشتري برد الثمار

هذا الالتزام تم بحثه في الفرع السابق لذا وتفادياً للتكرار فأنني أحيل إليه.

خامساً: التزام المشتري بتحمل تبعة الهلاك

يعتبر المشتري في نظر القانون مالكاً ذلك أن الحق في الشفعة لا ينشأ إلا من تاريخ تسجيل اسم المشتري في سجل دائرة الأراضي المختصة وكما له الحق في ثمار العقار قبل تمام الأخذ بالشفعة فعليه واجب تبعه هلاك العقار عملاً بقاعدة "الخراج بالضمان".[3]

---

[1] هرجه، مصطفى مجدي، **الشفعة في ضوء أحدث الآراء**، المرجع السابق، ص193.

[2] القلاب، سليمان خليف، **الشفعة في القانون المدني الأردني**، المرجع السابق، ص106.

[3] سوار، محمد سعيد الدين، **الحقوق العينة الأصلية**، ج2، المرجع السابق، ص 218.

المسألة الثانية: التزامات الشفيع

يلتزم الشفيع قبل المشتري بالتزامين الأول دفع الثمن للمشتري طالمـــا أخـــذت الشـــفعة رضاء أما إن أخذت قضاء فأنه يكون قد أودع الثمن خزينة المحكمة المختصة بنظـــر الـــدعوى وحينما يصدر حكم التمليك بالشفعة فأن الحكم يشتمل على صرف المبلغ المودع لصالح المشتري وبذلك يعد الشفيع قد أوفى بالتزامه هذا.

ويوجب القانون على الشفيع أن يودع الثمن المسمى في العقد والذي يصار إلى تحويلـــه لصالح المشتري بالإضافة للنفقات القانونية التي يلزم الشفيع بدفعها والوفاء بها للمشـــتري مثـــل رسوم تسجيل العقار وضريبة العقار أن كان لها موجب أما بخصوص نفقات البناء أو الغـــراس وأحكامها فأنني وتفادياً للتكرار أحيل إلى الفرع الثاني من هذا المطلب[1].

أما بخصوص إنقاص الثمن أو زيادته أو ما يطرأ عليه في البيع المعقـــود بـــين البـــائع والمشتري والذي لم يكن الشفيع طرفاً فيه فأن الشفيع لا ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن ما لم يوافق البائع على ذلك، وذلك عملاً بإحكام المادة (2/1165) مـــن القـــانون المـــدني الأردني وذات الحكم في المادة (947) من القانون المدني المصري.[2]

المطلب الثاني: العلاقة بين البائع والشفيع

أن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة لا يكون إلا من وقت التراضي أو صدور حكم قضائي بالتمليك وقبل ذلك يكون المشتري هو المالك للعقار المشفوع فيه ملكية تامة، وحيث ان الشـــفعة تنتقل عادة من المشتري إلى الشفيع إلا أن محكمة النقض المصرية قد استقر قضاؤها أن الشفعة هي تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع، وبذلك يلتزم

---

[1] زكي، محمود جمال الدين، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية**، المرجع السابق، ص113.

[2] لا ينتفع الشفيع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن عملاً بأحكام المـــادة 1080 مـــن مشـــروع القـــانون المـــدني الفلسطيني.

البائع نحو الشفيع بجميع التزامات البائع وفقاً للقواعد العامة في البيع ويلتزم الشفيع نحو البائع بجميع التزامات المشتري وهي التزامات متقابلة اعرضها في ما يلي:

"وحيث تم بحثها في المطلب السابق فأنني سأكتفي بذكرها تفادياً للتكرار.

أولاً: التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع إلى الشفيع.

ثانياً: التزام البائع بتسليم العقار إلى الشفيع.

ثالثاً: التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق.

أما التزامات الشفيع فأنها لا تعدو أن تكون دفع الثمن مضافاً إليه المصاريف القانونية متى كان لها مقتضى. على ما تم بحثه سابقا"[1].

المطلب الثالث: علاقة الشفيع بالغير

نصت المادة (947) من القانون المدني المصري بأنه لا يسري في حق الشفيع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صدر من المشتري ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده إذا كان ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل إلى المشتري من ثمن العقار[2].

أما المادة (1167) مدني أردني فقد نصت على أنه للشفيع أن ينقض جميع تصرفات المشتري حتى ولو وقف العقار المشفوع أو جعله محل عبادة.

ولا يسري في حقه أي رهن رسمي أو أي حق امتياز رتبه المشتري أو رتب ضده على العقار المشفوع إذا كان قد تم بعد إقامة الدعوى وتبقى للدائنين حقوقهم على ثمن العقار.

---

[1] القلاب ، **الشفعة في القانون المدني الاردني** ، المرجع السابق ص 107 -108

[2] طلبه خطاب ومحمد ناصر الدين، **الحقوق العينية الأصلية**، حق الملكية، المرجع السابق، ص462.

وعملاً بما ورد في نصوص المدني الأردني والمدني المصري يجب أن نفرق بين حالتين وذلك في فرعين:

الفرع الأول: الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع قبل إعلان الرغبة في الشفعة وفقاً للمدني المصري وقبل الدعوى وفقاً للمدني الأردني

قد يتصرف البائع بأنواع عديدة من التصرفات التي ترد على العقار المشفوع فيه فقد يبيعه أو يقايض عليه أو يقرر عليه حق ارتفاق أو يقوم برهنه رسمياً أو حيازياً[1].

والقاعدة في شأن هذه التصرفات أنه طالما ترتبت على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة وقبل إقامة الدعوى وفقاً للمدني الأردني (وذلك كون البائع هو المشتري في البيع الأول). فهذه التصرفات تسري في حق الشفيع ولكن يشترط أن يكون المتصرف إليه قد سجل حقه قبل تسجيل إعلان الرغبة فأن تحقق ذلك كانت هذه التصرفات نافذة في حق الشفيع.[2]

---

[1] هرجه، مصطفى مجدي، **الشفعة في ضوء أحدث الآراء**، المرجع السابق، ص197.

[2] نص المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني على هذه الحالة في المادة 1082 بقوله: لا يسري في حق الشفيع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص اخذ ضد المشتري، ولا أي بيع يصدر من المشتري ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده على العقار المشفوع إذا كان ذلك بعد التاريخ الذي تم فيه إعلان الرغبة في الشفعة، ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار.

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية أن هذه المادة تتعرض إلى الحقوق التي قد يرتبها المشتري على العقار المشفوع به، فتفرق بين ما إذا رتبت هذه الحقوق قبل إعلان الرغبة بالشفعة أو بعد إعلان الرغبة.

فإذا رتبت هذه الحقوق قبل إعلان الرغبة بالشفعة، فإنها تسري وتنفذ في حق الشفيع، فيحل هذا الأخير محل المشتري، في العقار وجميع الحقوق والتكاليف التي رتبت للعقار له أو عليه.

أما إذا رتبت هذه الحقوق بعد إعلان الرغبة، فان كل هذه الحقوق سواء رتبت لمصلحة المشتري أو ضده، لا تنفذ في حق الشفيع.

إلا أن المادة 1082 من المشروع حافظت مع ذلك على حقوق الدائنين، بالإبقاء على ما ترتب لهم بناء على الرهن، أو الاختصاص، من حق أولوية على ثمن العقار الذي آل إلى المشتري، فيما إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع ويريد تقاضيه من الشفيع.

وبهذا تعبر العبارة الأخيرة من المادة (ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار).

يتطابق حكم هذه المادة مع المادة 947 من القانون المدني المصري، والمادة 2/1167 من القانون المدني الأردني.

أما الحقوق التي يرتبها المشتري فهي تسري طالما كانت قبل تسجيل إعلان الرغبة. أو قبل إقامة الدعوى وفقاً للمدني الأردني نظراً لعدم وجود أجراء يسمى إعلان الرغبة فـي هـذا القانون.

وبناءً عليه فإذا باع المشتري العقار المشفوع فيه وسجل المشتري الثاني عقده قبل إعلان الرغبة - وفقاً للمصري أو إقامة الدعوى وفقاً للأردني - فان البيع الثاني ينفذ في حق الشفيع ولا يأخذ الشفيع بالشفعة إلا في البيع الثاني.[1]

الفرع الثاني: الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، مصري أو إقامة الدعوى وفقاً للأردني

بالنسبة للحقوق العينية التي يرتبها البائع ولم يتم تسجيلها قبل إعلان الرغبة في الشـفعة فأن هذه الحقوق لا تنفذ في حق الشفيع فمثلاً لو باع إلى مشتر ثانٍ ولم يسجل هذا البيـع قبـل إعلان الرغبة أو قبل إقامة الدعوى فأن هذا البيع لا ينفذ في حق الشفيع متى تم تسجيل إعـلان الرغبة أو إقامة الدعوى قبل تسجيل هذا البيع، وللشفيع أن يشفع في البيع الأول ويرجع المشتري الثاني بالضمان على البائع، وكذلك الأمر إذا رتب البائع على العقار حق ارتفاق أو انتفاع ولـم يسجل قبل إعلان الرغبة أو قبل إقامة الدعوى[2].

أما الحقوق العينية التي يرتبها المشتري فكذلك الأمر إن سجل إعلان الرغبة أو أقيمـت الدعوى فلا يسري في حق الشفيع أي تصرف يصدر من المشتري إذا تعلق بالعقار المشـفوع فيه.

فان كان التصرف بيعاً فلا يسري في حق الشفيع بحيث له أن يأخذ بالشفعة من المشتري الأول ما لم يجد أن من مصحته أن يشفع في البيع الثاني كما لو كان الثمن أقل.

---

[1] وفاء حلمي أبو جميل، **حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه**، الجزء الأول، مكتبة النصر، الطبعـة الأولـى، 2006 ص212.

[2] هرجه، مصطفى مجدي، الشفعة في ضوء أحدث الآراء، المرجع السابق، ص198.

أما إذا كان التصرف هنا ولم يتم تسجيله إلا بعد إعلان الرغبة (ويعد تاريخ إقامة الدعوى فلا تسري هذه الحقوق في حق الشفيع.[1]

وهناك حالة استحقاق العقار المشفوع للغير بعد أخذه بالشفعة فقد أورد المشرع المصري حكم هذه الحالة في المادة (945) من القانون المدني بنصها (يحل الشفيع... وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع" وكذلك نص المادة(3/1165) من المدني الأردني ورد حكم ذات الحالة بالنص على:

إذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فللشفيع أن يرجع بالثمن على من أداه إليه من البائع أو المشتري.[2]

يتضح من النصوص السابقة أن العقار المشفوع قد يستحق لشخص ثالث لسبب ما فأن من حق الشفيع أن يسترد ما كان قد دفعه من ثمن ونفقات والأضرار الناشئة عن هذا الاستحقاق.

إلا أن ما أورده المشرع الأردني من أن للشفيع أن يرجع على من أودع الثمن إليه من البائع أو المشتري هو أمر محل انتقاد إذ حصر دعوى الشفعة بين الشفيع والمشتري ولا علاقة للبائع في هذه الحالة طالما أن الأخذ بالشفعة شراء جديد.

ويؤيد ذلك ما ورد في المادة (505) من القانون المدني الأردني بقولها:

1. إذا قضي باستحقاق البيع كان للمستحق الرجوع على البائع بالثمن إذا أجاز البيع ويخلص المبيع للمشتري.

2. فإذا لم يجز المستحق البيع انفسخ العقد وللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن.

3. ويضمن البائع أيضاً للمشتري الأضرار التي نشأت باستحقاق المبيع

---

[1] محمد عبد الظاهر حسين، **حق الملكية**، منشورات جامعة بني سويف، 20065، ص 295.

[2] سليم، محي الدين إبراهيم، **الحقوق العينية الأصلية**، الجزء الأول، منشورات جامعة المنوفية، 2004، ص 271.

ووفقاً لهذه الأحكام فمن المفترض قانوناً وطالما أن الأخذ بالشفعة شـــراء جديـــد فـــإن استحق المبيع يجوز للشفيع في هذه الحالة الرجوع بالضمان على المشتري (البائع المفتـــرض) وهو الخصم في الدعوى كما حصرها القانون المدني الأردني في المادة في المادة(1163) منه. ولا علاقة للبائع الأول بهذا الرجوع[1].

[1] أنظر في ذلك: القلاب، سليمان خليف، الشفعة في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص107.
وكذلك أنظر: جورج ن، شدراوي، حق الملكية العقارية، المرجع السابق، ص181

الخاتمة

بعد أن بحثت الشفعة بصفتها سبباً من أسباب كسب الملكية وأجريت مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية وكل من القانون المدني الأردني والمدني المصري وما تفرع عنهما وجدت أن هناك علامات فارقة تميّز كلا المدرستين باعتبار الأولى تتبع المدرسة الإسلامية والثانية تتبع المدرسة اللاتينية توصلت إلى نتائج عديدة واتفق مع نتائج أخرى وتوصيات بهذا الخصوص والتشريعات موضوع هذه الدراسة أجملها بما يلي:

أولا : النتائج

1. عرف المدني الأردني الشفعة بأنها حق، وعرف المدني المصري الشفعة بأنها رخصة، الا ان واقع التطبيق العملي لذلك يبين ان الشفعة ليست برخصة ولا بحق وإنما هي في مرتبة أعلى من الرخصة وأقل من الحق.

2. ان العلّة من الشفعة هي توافر أحد أسبابها كالشيوع مثلاً أو الجوار الأمر الذي يختلف عن الحكمة منها وهي دفع الضرر والتي افترضها التشريعات موضوع الدراسة غير قابلة لإثبات العكس.

3. تفترق الشفعة عن كل من الأفضلية الأولوية في أنها تكون في العقار المملوك سواء كان مسجلاً أم لا أما الأفضلية فتكون في بيع البناء فقط وفقاً لقانون تمليك الطوابق والشقق أما الأولوية فهي قاصرة على حالة الشيوع في الأراضي الأميرية وفقاً للمدني الأردني وأحكام المجلة.

4. أضاف المدني الأردني حالة جديدة في الأولوية وهي ان تكون للمحتاج من أهل القرية دون اشتراط ذلك في الشفعة وفقاً للمدني المصري لأن هذه الأخيرة تفترض ان الشفيع مالك وتوافر به سبب لكسب الملكية.

5. لقد ألغى المشرع الأردني حالتي الجوار والمحتاج من أهل القرية التي أوردهـا ضـمن أسباب الأولوية وأبقى على حالة واحدة وهي الشريك في الشيوع إلا أن ذلك لا يسـري في فلسطين بسبب أن القانون الذي عدل هذا الحكم غير نافذ لدينا.

6. لا وجود للأولوية في القانون المدني المصري، ذلك ان حالاتها المذكورة فـي المـدني الأردني والقوانين الأخرى تدخل ضمن حالات الشفعة باستثناء حالة المحتاج من أهـل القرية.

7. يشترط في التصرف الذي يجيز الشفعة أن يكون بيعاً أو هبة بشرط العوض التي تعتبر في حكم البيع.

8. لا يُقبل من الشفيع تجزئة العقار المشفوع إذ ان الشفعة لا تجزأ بمعنى عـدم جـواز ان يطلب جزء من العقار المشفوع دون الآخر أو ان يقبل بيع العقار المبيع أو بديل منه ان عرض عليه ذلك.

9. يشترط أن يبقى الشفيع مالكاً للعقار المشفوع فيه حتى تمام الأخـذ بالشـفعة قضـاء أو رضاء.

10. يعد مانعاً للشفعة البيوع الواقعة بين الفروع والأصول أو الأقـارب حتـى الدرجـة الرابعة أو أقارب المصاهرة حتى الدرجة الثانية وبين الأزواج ما دامت علاقة الزوجيـة قائمة وكذلك البيع بالمزاد العلني.

11. موانع الشفة من النظام العام ويجب المحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها وهي تعتبر من موجبات رد الدعوى.

12. في حالة تزاحم الشفعاء على العقار المشفوع وهم من طبقة واحدة يقسم بيـنهم وفقـاً لنسبة حصة كل منهم في المدني المصري أما المدني الأردني فيقسمها على عدد الرؤوس.

13. يجب على الشفيع أن يعلن رغبته بالأخذ بالشفعة بإنذار رسمي وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بوقوع البيع أو خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري.

14. يجب ان يشتمل الإنذار أياً كان مرسلة على جميع تفاصيل البيع تحت طائلة البطلان ما لم تتحقق الغاية منه فيقضي بصمته.

15. لا يشترط إعلان الرغبة ان تكون بإنذار رسمي مستقل إنما يمكن أن يكون ضمن لائحة الدعوى على ان يتم تبليغها إلى البائع والمشتري ضمن المدة القانونية المحددة والا سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة.

16. لم يشترط المدني الأردني توجيه إنذار بوقوع البيع أو إعلان رغبة الشفيع كما هو عليه الحال في المدني المصري.

17. يجب على الشفع ان يودع الثمن المسمى في العقد إلا إذا دفع بصوريته فيقع عليه إثبات ذلك تحت طائلة سقوط حقه في الأخذ بالشفعة ان لم يفلح في ذلك وكان قد أودع ما ظنه ثمناً حقيقياً. أما وفقاً للمدني الأردني فإن على الشفيع ان يودع الثمن المسمى ان كان المبيع مسجلاً.

18. يجب على الشفيع أن يودع الثمن قبل إقامة الدعوى وفقاً لترتيب إجراءات الخصوصية.

19. يجب إقامة دعوى الشفعة ضمن المدة القانونية وفقاً لطبيعة الحالة تحت طائلة سقوط الشفعة إذا ثبت غير ذلك.

20. يجب على الشفيع ان يختصم البائع والمشتري في دعوى الشفعة وفقاً للمدني المصري والمشتري فقط وفقاً للمدني الأردني. اما في فلسطين فهي تقام على ذي اليد وفقاً لأحكام المجلة.

21. تعتبر مدة الشهر من علم الشفيع اليقيني بتفاصيل عقد البيع وعدم إقامة الدعوى خلالها مدة تقادم لا مدة سقوط لأن المشرع أجاز له إبداء معذرة مشروعة.

22. تعتبر مدة الشهور الأربعة ان كان البيع مسجلاً في المدني المصري وستة أشهر في المدني الأردني مدة سقوط لا تقادم يسقط بمرورها حق الشفيع بالأخذ بالشفعة.

23. يجوز النزول عن الشفعة قبل البيع وفقاً لأحكام المدني المصري ويعتبر نافذاً إذا ما أبدى الشفيع ذلك. إما ما استقر عليه قضاء التميز وفقاً للمدني الأردني فإن النزول عن حق لم يثبت بعد أمر غير متصور وغير معتبر.

24. يورث الحق في الأخذ بالشفعة وفقاً للمدني الأردني والمدني المصري إلا ان أحكام المجلة قد أوضحت بجلاء عدم جواز ذلك.

25. ليس من العدل في شيء اجماع التشريعات موضوع الدراسة على ان ثمار العقار المشفوع قبل إعلان الرغبة وإقامة الدعوى تكون من حق المشتري اما بعد ذلك فهي من حق الشفيع. ذلك أنها وفقاً للمدني الأردني شراء جديد وعليه لا يمكن وجود المسبب قبل السبب باعتبار الحكم بالشفعة منشأ للحق لا كاشفاً له.

26. ان الشفيع ملزم بدفع ثمن البناء والغراس التي أقامها المشتري قبل إعلان الرغبة وإقامة الدعوى أما بعد ذلك فان الشفيع ملزم بدفع تكاليفها فقط.

27. يجب على محكمة الموضوع ان تكيّف الدعوى بطلب الأخذ بالأولوية ان كان العقار واقعاً داخل حدود البلديات على أنها شفعة لا غير ذلك في الأردن وفلسطين .

28. لا تعتبر عدم إقامة الوكيل بالخصومة للدعوى خلال المدة القانونية مسقطاً للشفعة ما لم يكن موكلاً بذلك صراحة.

ثانياً : التوصيات

حيث تم بحث الشفعة في كلا التشريعيين المدنيين المصري والأردني وحيث أخذ الأول بنظرية الحلول ووضع أحكامها فأنني لم أجد أي تناقض في هذه الحكام لاتفاقها مع نظرية الحلول التي استندت إليها، إلا أن المشرع الأردني قد خلط الأحكام بين ما استمده من الفقه الإسلامي وما يبدو أنه اقتبسه عن المشرع المصري وحيث أن جلّ التوصيات تتعلق بتعديل أحكام بعض المواد في القانون المدني الأردني فأنني أوصي بتعديل المواد التالية منه:

1. تعديل المادة (1156) من المدني الأردني لتصبح بعد التعديل:

يشترط في البيع الذي يثبت فيه الشفعة أن يكون عقاراً مملوكا في نطاق الأحكام التي يقضي بها القانون.

2. تعديل المادة (1158) لتصبح بعد التعديل

لا تسقط الشفعة بموت البائع أو المشتري أو الشفيع.

3. تعديل عنوان المادة (1161) لتصبح بع التعديل

لا شفعة في الحالات التالية:

4. تعديل المادة (1162) ليصبح بعد التعديل:

يجب أن تقام دعوى الشفعة:

1. خلال ثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ علم الشفيع اليقيني بتفاصيل عقد البيع وإلا سقط الحق فيها.

2. خلال ستة أشهر من تاريخ التسجيل .

3. يسقط الحق في الشفعة إذا أقيمت الدعوى بعد مرور أي من الحالتين المذكورتين أعلاه .

5. أ. تعديل المادة (1165) الفقرة (1) لتصبح:

ان تملك العقار بالشفعة يعتبر شراء جديداً وتنطبق عليه الأحكام العامة في عقد البيع.

ب. إلغاء الفقرة الثانية من المادة (1165)

ج. تعديل استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة للشفيع ان يرجع بالثمن على المشتري .

6. تعديل المادة (1166) لتصبح كما يلي:

1. ليس للشفيع أية حقوق على العقار المشفوع قبل تسليم المشـــتري بالشـــفعة رضـــاء أو صدور حكم قضائي.

2. إذا زاد المشتري على المشفوع بناء أو غراساً فالشفيع بالخيار بين ان يترك الشـــفعة أو ان يبقى عليها مع دفع قيمة الزيادة.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001

قانون الأراضي الأردني رقم (49) لسنة 1953

القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 والمذكرات الإيضاحية

القانون المدني المصري رقم (181) لسنة1948 ومجموعة الأعمال التحضيرية

قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968

القانون المعدل للإحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة الأردني رقم (51) لسنة 1958

القانون المعدل للإحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة الأردني رقم (33) لسنة 1968

قانون تمليك الطوابق والشقق الأردني رقم (10) لسنة 1988

قانون تمليك الطوابق والشقق الفلسطيني رقم (1) لسنة 1996

مجلة الأحكام العدلية سنة 1868

مشروع القانون المدني الفلسطيني ومذكراته الإيضاحية ديوان الفتوى والتشريع فلسطين 2003

ثانيا: المراجع

أولا: الكتب

أبو جميل، وفاء حلمي، **حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه**، الجزء الأول، القاهرة مكتبة النصر، الطبعة الأولى، 2006

أبو السعود، رمضان، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية**، دار الجامعة الجديدة، 2004.

الأنصاري، زكريا بن محمد، **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية** الجزء الثالث، www.moamlat.al-islam.co

الاهواني، حسام الدين كامل -**الحقوق العينة الأهلية** - منشورات جامعة عين شمس 1999 -ص 167.

البجيرمي، سليمان -**تحفة الحبيب على شرح الخطيب** الجزء الثالث، www.moamlat.al-Islam.co.

جبر سعيد، حق الملكية، **مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح**، الطبعة الأولى، 2006

جلال محمد إبراهيم، **الحقوق العينية الأصلية** 2004

الجمال، مصطفى، **نظام الملكية**، الطبعة الثانية،القاهرة، مكتبة دار الفتح للنشر 2000

حجاوي، بسام، **المبادئ القانونية المتعلقة بالأموال غير المنقولة**، مطبعة حجاوي، نابلس، 2003.

حيدر علي، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، الجزء الثالث

الخفيف، علي، **الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية**، الكتاب الأول دار النهضة للطباعة، 1990

زكي، محمود جمال الدين، **الحقوق العينية الأصلية**، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة، 1978

سعد، نبيل إبراهيم، **الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني**، الجزء الثاني، بيروت، دار النهضة العربية1993

سعد، نبيل إبراهيم، **الشفعة علماً وعملاً**، بدون طبعة، الإسكندرية منشأة المعارف، 1997

السنهوري، **عبد الرزاق،الوسيط في شرح القانون المدني،أسباب كسب الملكيـــة** ، الجــزء التاسع، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1995

سوار محمد وحيد الدين، **الحقوق العينيـــة الأصـــلية**، مكتبـــة دار الثقافـــة للنشـــر والتوزيـــع عمان،1997

السيوطي، مصطفى بن سعد -**مطالب أولـــي النهـــى فـــي شـــرح غايـــة المنتهـــى**-الجــزء الرابع،..www.moamlat.al-islam

شدراوي، جورج، **حق الملكية العقارية**، الجزء الأول، المؤسسة الحديثـــة للكتـــاب طـــرابلس، 2006

شمس الدين، عفيف، **المصنف في الاجتهاد العقاري**، بدون طبعة، بدون دار نشر 1984

شنب،محمد لبيب، **الحقوق العينية الأصلية**، الطبعة الثالثة، 2005

الشواربي عبد الحميد، **الشفعة والقسمة، الشفعة والقسمة**،الطبعة الثانية ،دار النصـــر للنشـــر والتوزيع 1979

الصدة، عبد المنعم فرج، **الحقوق العينية الأصلية**، الطبعة الثانية، 1962.

طلبة، أنور، **الشفعة والتحيل لإسقاطها**، الطبعة الأولى، القاهرة، المكتـــب الجـــامعي الحـــديث، 2004

طلبه خطاب ومحمد ناصر الدين، **الحقوق العينية الأصلية**، منشورات جامعـــة عـــين شـــمس، 2001

عباسي، جلال، **الخلاصة الجلية في أحكام الشفعة والأولوية**، الطبعة الأولى، عمـــان، المكتبـــة الوطنية، 1994

العبيدي، علي، **الحقوق العينية الأصلية**، الطبعة الأولى، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع 1999

العمروسي، أنور، **الملكية وأسباب كسبها**، الطبعة الأولى، دار محمود للنشر والتوزيع،1995

القلاب، سليمان خليف، **الشفعة في القانون المدني الأردني** عمان، المكتبة الوطنية 1995

كركبي، مروان و سامي منصور، **الحقوق العينية العقارية الأصلية**، الطبعـــة الثانيـــة، 1999 بدون دار نشر

كيره، حسن: **الموجز في أحكام القانون المدني** الحقوق العينية الأصلية، الإســكندرية منشـــاة المعارف، 1980

محمد عبد الظاهر حسين، **حق الملكية**، منشورات جامعة بني سويف، 2006

محمد كامل مرسى، **الحقوق العينية الأصلية**، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، 1952

محمد محي الدين سليم، **الحقوق العينية الأصلية**، الجزء الأول، الطبعة الأولى،منشورات جامعة المنوفية،2004

مدغمش، جمال، **الشفعة والأولوية في قرارات التمييز الأردنية**، المكتبة الوطنية 1994

مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان،الطبعة الرابعة،المطبعة الأميرية،1931

معوض عبد التواب، **الشفعة و الصورية**، الطبعة الثامنة، بدون دار نشر 2004

الموقع الإلكتروني www.wikpedia.com

هرجه، مصطفى مجدي، **الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكـــام الـــنقض**، دار المطبوعـــات الجامعية، 1993

ثانيا: الدوريات

دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، لعدد الأول، المجلـــد الثـــامن والعشـــرون 2001

العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، العدد السادس رام الله 2007

مجلة الحقوق في الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة التاســـعة 1985

مجله نقابة المحامين الأردنيين للأعوام من 1974 وحتى 1998 عمان، تصـــدر عـــن نقابـــة المحامي الأردنيين

مجموعة الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفلسطينية، جمعية نادي القضاة، الجزء الأول والثاني، رام الله 2007.

An – Najah National University
Faculty of Graduate Studies

Pre-emption as accuse of winning property
A Comparative study

By
Mansour Fuad Abdalrahman Massad

Supervisor
Dr. Ali Sartawee

Submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of master of private low, faculty of Graduate Studies, at An- Najah National University, Nablus – Palestine
2008

Pre-emption as a cause of winning property
A comparative study
By
Mansour Fuad Abdalrahman Massad
Supervised
Dr. Ali Mosleh Sartawi

ABSTRACT

In this thesis I have studied pre-emption as a cause of property, and discussed in the introductory chapter several topics related to the subject of pre-emption, stating with the nature of its language definition, then legal terminology , and the historical source. I concentrated on the disagreement of legislations regarding the definition of pre-emption subject of this comparison study , the Egyptian civil law differed from The Jordanian civil law and the Provisions Magazine which represents the Islamic jurisprudence which is considered the historical and material source of it. I illustrated the Judicial position Of these differences in the definition represented in which is stabilized by the courts including the Jordanian court of discrimination and the Egyptian court of cassation (COC).

And thus I focused on the legal nature of pre-emption in terms of being considered sometimes as a license and other times as a right, until we had the opinion that it would approve a cause of winning property in a mid rank one degree higher than the license and less than the right. Turning to the characteristics that distinguish it from any other causes of pre-emption had been contrary to origins and I distinguished between and what suspect it

of the legal terms of relationship to winning property of winning adverse such as preference an priority, and I discussed the precise difference between each of them and pre-emption that preference can only be in construction and priority can only be in an adverse detracted a stature property, and I showed the position of the Egyptian civil law, because the mentioned stature does not exist in t his law.

The first chapter was devoted to pre-emption verifying and conditions, I showed the cases in which pre-emption is verified to enable the intercessor to ask for it, and I illustrated that there are common cases between the Egyptian civil law and the Jordanian civil law, but the cases differed in the Egyptian civil law because of the absence of division of the types of land as the situation of the Jordanian civil law, then I investigated the competing between the intercessors and illustrated the rule of that through showing the grades ad demonstrating how to make one of them before the other in case of multiple applicants of pre- emption, and how to divide the portions whether the intercessors are of one degree in which the Egyptian civil law differed when it gave each intercessor a portion equal to the share rate while the Jordanian civil law adopted divisions related to number of heads regardless of the range of shares owed by any of the intercessors, did not care about the number of shares much or less. Then I proceeded to study the act which allows pre-emption and its conditions which the Egyptian civil law limited in sale and donation provided

compensation, and inflicted it with sale rule. And I illustrated sales in which pre-emption I not allowed, and the wisdom of prevention.

I showed that the Jordanian civil law has not differentiate between the prevention and the projector in pre-emption and mad each of them a cause for not hearing the case. Then I focused on studying the conditions of money of pre-emption, and the necessity for this money to be a adverse , that there is no pre-emption cause to money, and the necessity for the pre-emption cause to remain until the completion of sale to enable the intercessor to ask for pre-emption, and the intercessor conditions and I showed that the absence of any condition makes the pre-emption unavailable, and the necessity for these conditions to be all provided.

In the second chapter I discussed the pre-emption procedures which the intercessor has to do such as announcement of desire after official warning from the seller or the buyer to the intercessor, and its legal conditions, and the effect of breaching any of the conditions. then I proceeded to price deposit showing the aim of it and the price that must be deposited, and the rule of imagery in it, and I showed the position of legislations from it. I focused on the deposit time and its order between the procedures, I showed

The remedy of the absence of any condition. Then I studied the prosecution and focused on the status and eligibility of the intercessor, I showed the time of prosecution, and discussed antagonism and its partners,

showing the reasons for the difference between legislations in this regard, then I concluded this chapter describing the court specialized in this case depending upon what the judiciary settled in this regard.

In the third chapter I dealt with the fall of pre-emption and the effects of pre-emption , and I showed the cases of falling in the legislations subject of the is study , showing what was limited and what was mentioned as an example , I focused on the intercessor's dispose of his pre-emption explicitly or implicitly, and not declaring the desire in the Egyptian civil law and not depositing the price as required by law, I offered cases settled in different texts, and showed some cases that the judiciary considered as projectors of pre-emption , then I studied the effects of pre-emption on the different relations between the intercessors and the buyer, and the difference between the legislations subject of this study in this regard, and the relation between the intercessor and the seller , I showed the reasons of the difference in these rules, and I illustrated the rules of relationship between the intercessor and the others in terms of rights to the property both before declaring desire or the prosecution , or after that.

Conclusion has been offered showing the findings in most aspects of this study and the proposals in this regard.